

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ**  
**CURSO DE DIREITO**

**EDVALDO SIMÕES DA SILVA JÚNIOR**

**HABEAS CORPUS NA TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR: Uma análise  
constitucional à luz do pacto de São José da Costa Rica**

**SANTA RITA**

**2017**

**EDVALDO SIMÕES DA SILVA JÚNIOR**

**HABEAS CORPUS NA TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR: Uma análise  
constitucional à luz do pacto de São José da Costa Rica**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
ao Curso de Direito do Centro de Ciências Ju-  
rídicas da Universidade Federal da Paraíba,  
como exigência parcial da obtenção do título  
de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Valfredo Aguiar

**SANTA RITA**

**2017**

Silva Júnior , Edvaldo Simões da.

S586h      *Habeas Corpus* na transgressão disciplinar militar: uma análise constitucional à luz do pacto de São José da Costa Rica / Edvaldo Simões da Silva Júnior – Santa Rita, 2017.  
52f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba.  
Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita, 2017.  
Orientador: Profº. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho.

1. *Habeas Corpus*. 2. Direitos Humanos. 3. Transgressão Disciplinar Militar. 4. Constituição Federal. 5. Pacto de São José da Costa Rica. I. Aguiar Filho, Valfredo de Andrade. II. Título.

**EDVALDO SIMÕES DA SILVA JÚNIOR**

**HABEAS CORPUS NA TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR: Uma análise  
constitucional à luz do pacto de São José da Costa Rica**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
ao Curso de Direito do Centro de Ciências Ju-  
rídicas da Universidade Federal da Paraíba,  
como exigência parcial da obtenção do título  
de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Valfredo Aguiar

Banca Examinadora: Data da Aprovação:

---

Prof. Dr. Adriano Valfredo Aguiar (Orientador)

---

Prof. Me. Alex Taveira dos Santos

---

Prof. Me. Antônio Aécio Bandeira da Silva

*A minha filha Cecília, motivação para as batalhas do dia a dia.*

## **AGRADECIMENTOS**

Foram seis anos muito difíceis, onde grande foi à dificuldade em conciliar os estudos com o peso e o risco da profissão de policial militar, mas com muito esforço e muitas aulas após sair direto do plantão, finalmente este dia chegou, o sonho se tornou realidade.

Primeiramente muita gratidão a Deus, por ter me dado força para vencer todas as dificuldades, e finalmente alcançar o fim dessa jornada.

Sou grato ao professor Dr. Valfredo Aguiar, por ter aceitado me orientar e tê-lo feito muito bem, sempre demonstrando muita humildade em compartilhar o conhecimento.

Aos meus pais, Edvaldo Simões da Silva e Áurea Rodrigues da Silva. Palavras teriam que ser inventadas para descrever a gratidão que sinto. Sem eles nada seria possível.

A minha mulher Lisandra Ramalho, por ter me apoiado e incentivado em todos os momentos.

Aos meus irmãos Agostinho, Tâmara, Tatiana e Dudu, por serem exemplos de integridade e honestidade, neste mundo onde estas qualidades estão em falta.

Por fim a galera da escadinha Luan, os dois Caio, Julliette, Monalisa, Carol e Kalina. Aquele lugar já não é o mesmo sem nós.

E a todas as outras pessoas que de alguma forma contribuíram para que esse sonho de tornasse realidade.

*“Será que a liberdade é uma  
bobagem?...*

*Será que o direito é uma  
bobagem?...*

*A vida humana é alguma coisa a  
mais que ciências, artes e  
Profissões.*

*E é nessa vida que a liberdade tem  
um sentido, e o direito dos homens.*

*A liberdade não é um prêmio, é  
uma sanção. Que há de vir”.*

*(Mário de Andrade).*

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como tema central remédio constitucional hoje chamado *habeas corpus*, tem sua origem mais remota no direito romano, mecanismo através do qual qualquer cidadão poderia requerer que fosse exibido homem livre detido ilegalmente, analisando o cabimento deste instrumento jurídico no cerceamento da liberdade quando do cometimento de transgressão disciplinar militar. Observamos que já na sua origem era um instrumento amplo, pois permitia a qualquer cidadão impetrá-lo, amplitude que permanece até os dias atuais. Sua primeira previsão legal, apontada por autores da área é a Magna Carta Inglesa, outorgada pelo Rei João sem terra em 19 de junho de 1215, nos campos de *Runnymede*. Tal instituto foi introduzido no Brasil quando da expedição do decreto de 23 de maio de 1821, que previa que, a partir daquela data, nenhuma pessoa livre seria presa sem uma ordem judicial escrita, salvo os casos de flagrante delito. O *habeas corpus*, previsto na atual constituição da república federativa do Brasil, prevê, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, o cabimento do citado instrumento jurídico em diversos casos que envolvam ameaça à sua liberdade. Tem legitimação ativa universal, ou seja, qualquer pessoa pode impetrá-lo, não sendo necessária a subscrição de advogado. O presente projeto de pesquisa traz à tona o problema do não cabimento de *habeas corpus* nas prisões decorrentes de transgressão disciplinar militar, que acontecem frequentemente no dia a dia do militar e tem por objetivo discutir a legalidade dessas prisões, analisando para tanto o aparente conflito hierárquico entre normas constitucionais à luz do Pacto de San José da Costa Rica e a abusividade dos regulamentos disciplinares das instituições militares brasileiras, tentando contribuir para um entendimento que possa vir a contribuir para uma discussão a cerca do tema em estudo que possa levar quem sabe ao fim das prisões abusivas sofridas por essa categoria profissional em decorrência do abuso de poder disfarçado de hierarquia. Foi usado o método de abordagem dedutivo e de procedimento histórico-dedutivo. Foi usada ampla doutrina, desde autores clássicos até autores mais modernos, como também artigos de periódicos digitais de vários autores, entre os quais doutores, mestres e magistrados.

## PALAVRAS CHAVE

*Habeas corpus*. Direitos humanos. Transgressão disciplinar militar. Constituição federal. Pacto de San José da Costa Rica.



## **ABSTRACT**

The present work of course conclusion has as its central theme constitutional remedy today called habeas corpus, has its most remote origin in Roman law, mechanism through which any citizen could request that a free man be detained illegally, analyzing the legality of this legal instrument in the restriction of freedom when committing military disciplinary transgression. We observed that in its origin it was a broad instrument, since it allowed any citizen to impel it, an amplitude that remains until the present day. His first legal prediction, pointed out by authors of the area is the Magna Carta Inglesa, granted by King John without land on June 19, 1915, in the fields of Runnymed. This institute was introduced in Brazil upon the issuance of the decree of May 23, 1821, which provided that from that date no free person would be arrested without a written judicial order, except in cases of flagrante delicto. Habeas corpus, established in the current constitution of the Federative Republic of Brazil, provides in its article 5, paragraph LXVIII, that the legal instrument cited in several cases involving a threat to its freedom. It has universal active legitimation, that is, anyone can file it, not requiring the subscription of lawyer. The present research project raises the problem of non-habeas corpus in prisons due to military disciplinary transgressions, which occur frequently in the military's daily life, and aims to discuss the legality of these prisons, analyzing for this reason the apparent hierarchical conflict between constitutional norms in the light of the Pact of San José of Costa Rica and the abusiveness of the disciplinary regulations of the Brazilian military institutions, trying to contribute to an understanding that may contribute to a discussion about the subject under study that may lead to the end of the abusive prisons suffered by that professional category as a result of the abuse of power disguised as hierarchy. The method of deductive approach and historical-deductive procedure was used. From broad-minded authors to more modern authors, as well as articles from digital periodicals by various authors, including doctors, masters and magistrates, extensive doctrine was used.

## **KEY WORDS**

Habeas corpus. Human rights. Military disciplinary transgression. Federal Constitution. Pact of San José of Costa Rica.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 O HABEAS CORPUS .....</b>	<b>13</b>
2.1 PANORAMA HISTÓRICO .....	13
2.2 CONCEITO .....	15
2.3 NATUREZA E ESPÉCIES.....	18
2.4 COMPETÊNCIA.....	21
<b>3 A TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR .....</b>	<b>23</b>
3.1 CONCEITO DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR.....	23
3.2 PENAS PREVISTAS.....	25
3.2.1 PENAS NÃO RESTRITIVAS DE LIBERDADE .....	25
3.2.2 PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE .....	26
3.3 CLASSIFICAÇÃO DAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES .....	27
<b>4 O MILITAR COMO DETENTOR DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>29</b>
4.1 OS DIREITOS HUMANOS.....	29
4.2 O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA.....	31
4.3 A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS.....	33
<b>5 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS .....</b>	<b>36</b>
5.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE .....	36
5.2 O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE JURÍDICA .....	41
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>51</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O *habeas corpus* tem um objetivo bastante claro e específico que é proteger a liberdade de ir e vir do ser humano, seja ele civil ou militar, a liberdade de se locomover livremente sem que seu direito à liberdade física sofra qualquer lesão ou ameaça por parte do estado, lesões estas praticados principalmente por prisões abusivas, não respeitando as previsões legais para a detenção de uma pessoa. Tamanha é a importância deste tão consagrado remédio constitucional que o mesmo tem legitimação ativa universal, ou seja, qualquer pessoa, sem nenhuma qualificação específica pode impetrá-lo, em favor próprio ou alheio, sem a necessidade do acompanhamento de um advogado.

Segundo os últimos levantamentos do IBGE, datados de 2013 em relação aos dados das polícias militares e 2015 para os dados em relação às forças armadas, existem no Brasil no serviço ativo aproximadamente 425.200 policiais militares e 327.000 militares nas três forças, responsáveis respectivamente pelo policiamento preventivo e pela manutenção da ordem pública como previsto no art. 144, § 5º da constituição federal e proteção do território, soberania nacional e garantia dos poderes constitucionais, com previsão no art. 142, caput, da carta magna, e em sua grande maioria, com exceção de algumas poucas polícias estaduais, que adotaram um código de ética, estão sujeitas aos regulamentos disciplinares das corporações, que são quase que na totalidade escritos antigos com previsões com origem no período ditatorial brasileiro. Não é admissível que nos dias atuais, uma categoria de profissionais tão numerosos esteja à margem da possibilidade de qualquer que seja o direito previsto na constituição federal brasileira.

O problema que se apresenta no presente trabalho monográfico trata de uma análise acerca da possibilidade do cabimento de *habeas corpus* nas prisões decorrentes de punições disciplinares, cometidas no dia a dia da vida na caserna por militares das polícias e das forças armadas no território nacional, ou até fora dele, tendo em vista a já mencionada amplitude do *habeas corpus* e a condição de detentor de direitos da pessoa do militar, seja ele estadual ou federal, mesmo diante da previsão expressa em sentido contrário.

Para que possa ser atingido o objetivo da pesquisa, se faz necessário analisar mandamentos constitucionais acerca do tema a ser estudado em um estudo comparado com o pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, juntamente com o momento atual de leitura de releitura das normas legais sob uma ótica de respeito aos direitos da pessoa humana na sua mais alta amplitude.

Para o presente trabalho monográfico, utilizamos na abordagem o método dedutivo, através do qual, analisaremos informações para chegar a nossa conclusão. Quanto ao procedimento usamos os métodos históricos e monográficos.

Utilizamos, para a realização desta pesquisa, variadas doutrinas, nas áreas de direito administrativo, e principalmente de direito constitucional, como também regulamentos disciplinares militares e artigos científicos de diversos autores.

Iniciamos nossa pesquisa fazendo uma breve apresentação do *habeas corpus*, e em seguida traçamos um panorama histórico deste importante instituto, mostrando sua origem do direito romano, passando pelo importante papel da Inglaterra na formulação deste fundamental remédio constitucional, até chegarmos ao momento atual. Explicamos, usando as definições de vários estudiosos do tema, o conceito de *habeas corpus*, desde as mais antigas, como a de Ruy Barbosa e Pontes de Miranda, como também as mais atuais, como a de Guilherme de Souza Nucci e a da própria constituição federal. Mostramos a divergência que existia quanto à natureza do *habeas corpus*, que noutro momento se discutia ser ação ou recurso, e mostramos também as espécies, que são duas: preventiva e repressiva. Trouxemos também explicações quanto à competência para o julgamento destas ações, que segue principalmente os princípios territoriais e hierárquicos.

No terceiro capítulo, trouxemos explicações acerca da transgressão disciplinar militar, mostrando conceitos de transgressão disciplinar, tanto o previsto regulamento disciplinar do exército brasileiro, como também o previsto no regulamento disciplinar da PMPB. Expusemos também a previsão de penas nas transgressões disciplinares, mostrando tanto as restritivas como às não restritivas de liberdade.

Já no quarto capítulo, demonstramos que o militar é um detentor de direitos humanos, como qualquer outro cidadão brasileiro, portanto deve gozar das mesmas garantias fundamentais. Para tanto, fizemos uma análise histórica dos direitos humanos, mostrando cronologicamente, a sua evolução. Analisamos, no Pacto de São José da Costa Rica, artigos que se referem diretamente com o tema abordado no presente trabalho monográfico, e fechamos este capítulo expondo à questão da universalidade dos direitos humanos.

No último capítulo, fizemos uma análise comparativa de princípios constitucionais, a saber, o princípio da igualdade e o princípio da inafastabilidade jurídica, que em nossa humilde opinião, confrontam com o previsto no art. 142 § 2º da carta magna pátria.

Inicialmente, devemos ressaltar que na atual conjuntura jurídica nacional, nenhuma norma legal, em qualquer ramo do direito, deve desobedecer preceitos de direitos humanos,

direitos estes com a mais alta abrangência, como por exemplo a dignidade da pessoa humana, prevista na carta magna.

Interessante é questionar como é possível que profissionais que trabalham diuturnamente na prevenção de crimes, e consequentemente, quando do cometimento destes realizam prisões, apenas em flagrante delito ou em decorrência de mandado judicial, podem ter sua liberdade de locomoção cerceada sem nenhuma das previsões mencionadas. Ou seja, o militar pode ser preso sem se quer ter cometido um crime, mas apenas pela determinação de um superior hierárquico, para uma punição disciplinar.

No direito, sabemos que a prisão é uma exceção e a liberdade é a regra. A constituição federal vigente reforça este entendimento quando prevê explicitamente as possibilidades através das quais uma pessoa pode perder, mesmo que por um curto espaço de tempo, seu direito de locomoção.

A carta magna também consagrou o princípio da igualdade, que traz, a grosso modo, que todos são iguais perante a lei sem distinções. Este princípio é bastante claro e abrangente, e nele não traz, nem na sua redação nem em suas muitas interpretações, a previsão de exclusão de qualquer categoria profissional de ser abarcada pelas benesses deste princípio.

Portanto, reconhecendo a igualdade de todos perante a lei, e enxergando os homens por trás das fardas como detentores de direitos humanos, o presente trabalho se prestará pesquisar e discutir a possibilidade do cabimento de habeas corpus nas prisões decorrentes de transgressões disciplinares no âmbito militar, fazendo para tal uma análise de normas constitucionais e do pacto de direitos humanos já citado.

Dessa forma, estudaremos que apesar da previsão constitucional do não cabimento de habeas corpus quanto à punições disciplinares militares, essa previsão não deverá ser absoluta e também está passível de uma análise do caso concreto, ou seja, deve respeitar todos os direitos que um cidadão civil tem ao ter seu direito de locomoção violado por um ato oriundo de uma autoridade estatal.

## 2. O HABEAS CORPUS

Como veremos no decorrer deste trabalho monográfico, o *habeas corpus* é o instrumento jurídico com maior alcance no tocante a garantir o direito de locomoção do indivíduo, tendo em vista a amplitude do rol de pessoas que podem impetrá-lo, não sendo excluídos desta lista se quer os analfabetos, tendo como requisito fundamental a lesão ou ameaça ao direito de ir e vir do cidadão detentor de direitos e obrigações. Tal remédio constitucional não necessita sequer da subscrição de advogado. Independe de qualquer capacidade específica, inclusive profissão, que é o foco do nosso presente trabalho monográfico, a exclusão da categoria profissional dos militares do direito de manusear este instrumento, quando o assunto for punição disciplinar.

### 2.1. PANORAMA HISTÓRICO

A origem do instrumento jurídico que hoje conhecemos como *habeas corpus*, remonta inicialmente ao direito romano, que como sabemos é base para o direito aplicado no Brasil.

Segundo o renomado publicista contemporâneo e professor Luiz Pinto Ferreira, “os romanos já conheciam uma garantia criminal preventiva de natureza análoga ao *habeas corpus*, como seja, o *interdictum de homine libero exhibendo*, como ordem que o pretor dava para trazer o cidadão ao seu julgamento, apreciando a legalidade da prisão efetuada.” (1918, p.20).

Ainda segundo Ferreira (1918, p. 20) “o *interdictum de liberis exhibendis* e o *interdictum de homine libero exhibendo*, no direito romano, constituíam as ações para garantir ao homem livre sua faculdade de ir, vir e ficar restituindo-se-lhe tal poder quanto restringido pela coação”.

Ainda quanto à origem romana do remédio constitucional em estudo, finaliza Ferreira “[...] já entre os romanos, começou a existência de um remédio processual que tomaria posteriormente a sua plenitude com o *habeas corpus* no direito moderno.” (1918, p. 21).

Apesar de ter uma origem primaria no direito romano como mencionado nos parágrafos anteriores, foi na Inglaterra que o *habeas corpus* se tornou o que conhecemos hoje, e teve como causa inicial a insatisfação da elite inglesa com a tirania real, como ressalta Guilherme de Souza Nucci (2013, p.16):

O absolutismo dos reis, na idade média, é historicamente reconhecido como um dos males mais visíveis à liberdade individual em todos os seus aspectos. A cobrança

abusiva de impostos, muitos dos quais possuíam nítido caráter confiscatório, associada ao poder de prender qualquer pessoa, desprovida do devido processo legal, evidenciava esse totalitarismo, que, sem dúvida, desagradou a elite de vários lugares. Particularmente, na Inglaterra, emergiu a carta magna, imposta pelos barões ao rei João sem terra, para que respeitasse as liberdades mínimas dos cidadãos.

Segundo Pinto Ferreira: (1982, p.24)

Os barões exigiram do rei uma carta de liberdade. Rebelados, resolveram obter pela força uma carta de liberdade. Proclamaram-se um exercito e entraram em Londres, e a 24 de maio de 1215, o rei privado na capital, em 19 de junho do mesmo ano, assinou, no campo de *Runnymede*, o ato que foi chamado de Magna Carta [...].

O *habeas corpus* foi finalmente formalizado no direito inglês, como ressalta Pedro Lenza (2010), mais de 400 anos depois, pelo “*habeas corpus act*, em 1679”.

O professor José Afonso da Silva nos ensina que o *habeas corpus*: (2004, p.445).

Foi o primeiro remédio a integrar as conquistas liberais. Denota-se sua presença na Inglaterra antes mesmo da Carta magna de 1215. Mas foi esta que lhe deu a primeira formulação escrita. E continua quando explica que “no início não era vinculado a ideia de liberdade de locomoção, mas ao conceito de *due process of law*”<sup>1</sup>. (2004, p.445)

Para Dirley Cunha Júnior, O *habeas act*, “reforçou as reivindicações de liberdade, traduzindo-se na mais sólida garantia de liberdade individual, tirando dos déspotas uma das suas armas mais valiosas, que eram as prisões arbitrárias, que foram suprimidas” (2013, p.570).

Outro país de relevância quando o assunto é *habeas corpus* é os Estados Unidos, que, por sua vez adotaram a figura do remédio heroico em seu ordenamento jurídico, como reforça Nucci (2014, p. 17), com a edição da Emenda constitucional XIV, que traz em sua redação que “[...] nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”.

No Brasil, a constituição imperial não abarcou tão importante instrumento jurídico. A primeira menção a algo semelhante ao que hoje conhecemos como *habeas corpus*, na visão de Nucci (2014, p. 17), foi feita na constituição de 1824, em seu artigo 179, inciso VIII, que trazia que:

Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei; e nestes dentro 24 horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta a extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as.

Lenza (2010, p. 805) porem, nos ensina que “a primeira manifestação do instituto deu-se em 1821, através de um alvará emitido por Dom Pedro I, pelo qual se assegurava a liberdade de locomoção”.

O instituto processual *habeas corpus*, com a nomenclatura que conhecemos até os dias de hoje, só apareceu de fato no ordenamento jurídico nacional com o código de processo criminal de 1832, como professa Ferreira (1982, p. 31) “[...] o código de processo criminal de 1932 regulou o dito instituto como remédio repressivo, porem privativo dos brasileiros, em face de constrangimentos abusivos e ilegais [...]”. Nucci (2014) nos diz que com a lei 2.033, de 1871, o *habeas corpus* ganhou também o caráter preventivo e passou a agraciar também os estrangeiros.

A primeira constituição a prever expressamente o *habeas corpus* foi a de 1891, e partir de então, conforme Lenza (2010) esteve presente em todas as constituições seguintes. Vale salientar que, segundo Ferreira (1982, p.31) a constituição de 1891 “permitiu a extensão do *habeas corpus* ao amparo dos direitos pessoais, e não só a liberdade física”, e que ainda segundo Ferreira (1982) só teve sua natureza originaria reconstituída com a reforma constitucional de 1926, que restringiu o mesmo aos casos de proteção a liberdade de locomoção.

É importante lembrar que com a implantação deste instrumento jurídico na constituição de 1891, surgiu à doutrina brasileira do *habeas corpus*, como nos explica Dirley da Cunha Júnior (2013, p.787) “[...] com a constituição de 1891, cujo §22, art. 72 o previra em termos amplos, circunstancia que originou a famosa e sempre lembrada doutrina brasileira do *habeas corpus* liderada por Ruy Barbosa, que o entendia como ação destinada a proteger qualquer direito”, fugindo do espírito inicial quando da sua criação, já que originalmente, visava proteger apenas a liberdade de locomoção.

Entretanto, essa amplitude durou apenas até a reforma constitucional de 1926, como nos mostra o mesmo autor, explicando que “todavia, com a reforma constitucional de 1926, o *habeas corpus* foi limitado à proteção da liberdade de locomoção, com o enunciado que manteve nas constituições seguintes até a atual”. (2013, 787).

Na constituição vigente no Brasil, a carta magna de 1988, o *habeas corpus* está previsto em seu art. 5º, inciso LXVIII, e tem a seguinte redação: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado se sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Adiante, traremos alguns conceitos e definições deste importante remédio constitucional.

## 2.2. CONCEITO



A expressão *habeas corpus*, assim como muitos outros termos jurídicos empregados do direito brasileiro, que como bem sabemos tem origem romana, e por isso são escritas em latim, em uma tradução literal significa, como diz Pinto Ferreira (1982, p.5) “tome o corpo”. Nucci (2014, p. 21), nos ensina que isto significa “fazer a apresentação de alguém, que esteja preso, em juízo, para que a ordem de constrição à liberdade seja justificada, podendo o magistrado mantê-la ou revoga-la”. Nas palavras do ministro do STF, Alexandre de Moraes (2003, p.106), “*habeas corpus* eram as palavras iniciais da formula do mandado que o tribunal concedia e era endereçado a quantos tivessem em seu poder ou guarda o corpo do detido”.

Pinto Ferreira (1982, p. 3) nos ensina que:

O *habeas corpus* nasceu historicamente como uma necessidade de contenção ao poder e ao arbítrio. Assinala o momento inicial do liberalismo, que as tendências de neoliberalismo acentuam. Os países civilizados adotam-no como regra, pois a ordem de *habeas corpus* significa, em sua essência, uma limitação às diversas formas de autoritarismo.

O *habeas corpus*, como já mencionado, está previsto no art. 5º, inciso LXVIII, da constituição da república federativa do Brasil. Tem como finalidade impedir ou cessar lesão ou ameaça ao direito de ir, vir ou ficar. Segundo Pinto Ferreira (1982, p. 6):

O *habeas corpus* constitui uma medida de notável importância para a defesa da liberdade pessoal. A liberdade é um direito fundamental da pessoa, de maneira que as técnicas garantidoras de sua realidade, e especialmente as medidas tutelares da liberdade de locomoção, são dos mais poderosos instrumentos de proteção efetiva das franquias liberais.

O autor continua reforçando seu entendimento, quando diz:

O *habeas corpus*, por conseguinte, restringe-se à proteção da liberdade física de locomoção, garante a liberdade pessoal de locomoção--- *the power of locomotion*. Não busca proteger outras liberdades, tuteladas por outros remédios processuais, como o mandado de segurança, o amparo, a ação popular, as ações possessórias etc (1982, p.7).

Pontes de Miranda (1979, p.3) explica que “[...] o *habeas corpus* foi criado para a proteção da liberdade física”.

Nesse mesmo sentido, Pontes de Miranda professa que “Só se dá *habeas corpus* quando se feriu ou se teme que se fira a liberdade física.” Para o autor (1979, p. 4) “Há erro grave, de técnica jurídica e de terminologia, em se falar de *habeas corpus* a favor de direitos individuais, direitos e garantias constitucionais, ou liberdades, direitos constitucionais ou fundamentais [...]”

Nos ensina Pinto Ferreira (1982, p.8), de maneira bem simples e didática, que:

No exame e esclarecimento do processo de *habeas corpus*, cumpre conhecer bem quatro palavras bem significativas: o impetrante (a pessoa que impetra ou requer a ordem de

*habeas corpus*); o paciente (aquele que sofre a coação); o coator (a pessoa que exerce a coação); e o detentor (a pessoa que tem o paciente sob custódia ou prisão). Pontes de Miranda (1979) acrescenta como elemento do processo, além dos citados por Pinto Ferreira, a petição.

Para Nucci (2014, p.20) “Trata-se de ação constitucional, destinada a coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder, voltado a constrição da liberdade de ir, vir e ficar, seja na esfera penal, seja na esfera civil”. E continua, dizendo que “*O habeas corpus* é o salvo conduto eficaz, a carta de crédito vigilante e defensora que preserva a liberdade contra os ataques iníquos e injuriosos”.

Na mesma linha de pensamento segue Alexandre de Moraes (2003, p.106), quando ressalta que “*O habeas corpus* é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo juiz ou tribunal coator fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito de ir, vir e ficar”.

Não podemos deixar de mencionar a concepção de Ruy Barbosa, que entendia o instituto jurídico de forma diversa, com base no escrito na constituição federal de 1891, que trazia em seu art. 72, § 22:

dár-se *habeas corpus* sempre que o individuo sofrer ou se achar em eminente perigo de sofrer violência, ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

Barbosa deu uma interpretação de ampla abrangência ao objetivo principal do instituto, que na opinião do deste grande jurista, poderia ser usado para proteger qualquer direito, não só à liberdade de locomoção.

Porém Pinto Ferreira (1982, p.3), esclarece que;

O *habeas corpus* tem uma finalidade específica, que é a de proteger a liberdade física, a liberdade de locomoção, a liberdade de ir e vir. Outros direitos são protegidos por remédios processuais diferentes, como o mandado de segurança e os diversos *writs* próprios da Inglaterra e dos Estados Unidos.

Devemos, porém, esclarecer que, quando Ruy Barbosa defendia essa amplitude do *habeas corpus*, ainda não existia no ordenamento jurídico pátrio a figura do mandado de segurança, que só apareceu em nosso constitucionalmente em nosso ordenamento em 1934, para proteger direito líquido e certo, que não a liberdade de locomoção.

José dos Santos carvalho Filho, nos traz importante contribuição quanto ao agente passivo do *habeas corpus*, quando nos explica que:

Diversamente do que ocorre com o mandado de segurança, o coator nem sempre será um agente público ou delegado de função pública. A Constituição não o qualificou como tal, assim como fez com o mandado de segurança. Desse modo, mesmo o particular pode ser sujeito passivo do litígio, quando responsável pela ilegalidade.

Evaldo Corrêa Chaves (2002, p.30), autor do livro “*Habeas corpus* na transgressão disciplinar militar”, define *habeas corpus* como sendo:

Uma medida judicial, de apreciação imediata pelo juiz, para proteger o direito de liberdade, quando a restrição é ilegal ou abusiva, impedindo o cidadão de ir, vir ou ficar em determinado lugar. Por ela o judiciário faz cessar qualquer constrangimento, atual ou iminente, da liberdade de locomoção, desde que provenha de constrangimento ilegal, por desvio ou abuso de poder.

Paulo e Alexandrino (2009, p.189), explicam que:

Típico direito de primeira geração, o *habeas corpus* visa a garantir o direito individual de locomoção, por meio de uma ordem exarada por um órgão do poder judiciário - juiz ou tribunal -, para que seja cessada a ameaça ou coação à liberdade de locomoção do indivíduo.

Em suma, partindo dos conceitos e explicações dados pelos doutrinadores citados, o *habeas corpus* deve limitar-se a proteger o direito de locomoção do indivíduo. Mesmo quando não concretizado cerceamento ao direito de locomoção, já pode ser impetrado este remédio constitucional, e até aqui, não vimos ser necessário nenhuma qualidade especial para que o ser humano possa ser paciente deste tão importante remédio constitucional.

### 2.3. NATUREZA E ESPECIES

Quanto à natureza jurídica do *habeas corpus*, muitos embates intelectuais já foram travados por diversos doutrinadores. Segundo Pontes de Miranda (1979, p. 4):

*Habeas corpus* não é recurso; *habeas corpus* é ação: a ação de *habeas corpus* supõe a pretensão ao *habeas corpus*, à tutela jurídica (pré-processual) e exerce-se com ação de ritmo legalmente estabelecido. A inserção na constituição da regra jurídica sobre *habeas corpus* fez de direito constitucional a tutela jurídica, o direito ao *habeas corpus* e a ação de *habeas corpus*.

Miranda é enfático ao afirmar que o *habeas corpus* é ação e não recurso. Para ele não há natureza ambígua no citado remédio constitucional e isto fica claro quando ele diz que “Não é menos errôneo entender-se que há na ação elemento recursal, o que a fazia mista, ou que não conseguiu desprocessualizar-se. Trata-se de direito, pretensão, ação e ‘ação’, remédio jurídico processual [...]” (1979, p. 4) e continua reforçando seu entendimento quando professa:

É reprovável dizer-se que as vezes ele assume a feição de recurso, como se vai contra despacho, sentença, ou provimento de recurso, que se acoima de ilegal. Não há mistidade de ‘ação’ e de recurso, como supõe alguns juristas. Não há recursalidade na petição e na ‘ação’ de *habeas corpus*. (1979, p. 4)

Pinto Ferreira, que assim como muitos outros estudiosos do tema beberam na fonte de Pontes de Miranda, a quem chama na sua obra de “consagrado mestre”, também traz na sua obra a discussão quanto à natureza jurídica do *habeas corpus*. Ele menciona outros autores

para os quais o *habeas corpus* trata-se de recurso, como por exemplo, Galdino Ferreira. Para Pinto Ferreira (1979, p.11):

O pedido de *habeas corpus* é pedido de prestação jurisdicional em ação; como a sua real natureza, mas pode, no sistema de duplo grau de jurisdição, assumir o caráter de recurso, pois é evidente que pode servir ainda contra decisões do juiz de 1º instância, para que possam ser revistas pelos tribunais ou pela superior instância.

Para Nucci, “Não se trata de recurso, como se faz crer a sua inserção na lei processual penal, no âmbito dos recursos, mas de autêntica ação autônoma, dando vida a uma relevante garantia humana fundamental” (2014, p. 20). Este autor reforça este ponto de vista citando alguns motivos que diferenciam ação de recurso e afirma que:

Dentre as principais razões que se podem enumerar para o seu caráter de ação – e não de recurso - encontra-se a inexistência de prazo para o seu ajuizamento. Pode ser proposta contra decisão com trânsito em julgado. Além disso, pode ser impetrado contra ato de autoridade coatora (delegado de polícia, por exemplo) distinto de decisão judicial - contra a qual poderia caber algum recurso [...] (2014, p. 20).

O ministro Alexandre de Moraes, segue a mesma linha de raciocínio de Nucci, quanto a natureza de ação e não de recurso do *habeas corpus*. Para o magistrado:

O *habeas corpus* é uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas e que visa evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Não se trata, portanto, de uma espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinado no código de processo penal (2003, p. 107).

Dirley da Cunha Júnior (2013, p.787), no que diz respeito à natureza jurídica do *habeas corpus*, nos explica que “Cuida-se de uma ação constitucional de natureza penal destinada especificamente à proteção da liberdade de locomoção quando ameaçada ou violada por ilegalidade ou abuso de poder”. E completa seu entendimento dizendo que “[...] este caráter é plenamente justificado, em razão da urgência da proteção do direito a liberdade, que se objetiva efetivar por intermédio da ação constitucional”.

Quanto às espécies de *habeas corpus*, existem sabidamente duas que são o repressivo ou liberatório e o preventivo ou salvo-conduto, como define bem Lenza;

O *habeas corpus* será preventivo quando alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (a restrição à locomoção ainda não se consumou). Nessa situação poderá obter um salvo-conduto, para garantir o livre transito de ir e vir. Quando a constrição ao direito de locomoção já se consumou, estaremos diante do *habeas corpus* liberatório ou repressivo, para cessar a violência ou coação. (2010, p. 808)

De maneira semelhante, Alexandre de Moraes define as duas espécies de *habeas corpus* existentes. Caberá *habeas corpus* preventivo:

Quando alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Assim, bastará, pois, à ameaça a liberdade de locomoção, para a obtenção de um salvo-conduto ao paciente,

concedendo-lhe livre trânsito, de forma a impedir sua prisão ou detenção pelo mesmo motivo que ensejou o *habeas corpus*. Pretende evitar o desrespeito à liberdade de locomoção. (2003, p.110)

Já o *habeas corpus* repressivo ou liberatório é cabível “Quando alguém estiver sofrendo violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Pretende fazer cessar o desrespeito à liberdade de locomoção”. (2003, p. 110)

O magistrado ainda explica que “Em ambas as espécies haverá possibilidade de concessão de medida liminar para se evitar possível constrangimento à liberdade de locomoção irreparável”. (2003, p.111)

Ainda quanto à possibilidade de concessão de liminar, Paulo e Alexandrino (2009, p.190) explicam, mais detalhadamente que:

Desde que presentes os pressupostos (probabilidade de ocorrência de dano irreparável e indicação razoável de ilegalidade no constrangimento), é possível a concessão de medida liminar em *habeas corpus*, seja ele preventivo ou repressivo (a medida liminar é uma ordem judicial proferida prontamente, mediante um juízo sumário, porém precário, ou seja, não definitivo de plausibilidade das alegações e de risco de dano de difícil reparação, se houvesse demora na prestação jurisdicional).

Importante mencionar que na passagem acima, os autores falam em “prestação jurisdicional”, que é exatamente o que é negado aos militares em casos de punições disciplinares.

Pinto Ferreira (1918, p.9) esclarece que “A pessoa tanto pode estar a sofrer uma coação como na iminência de sofrer tal coação; em ambos os casos, há a possibilidade legal de se impetrar o *habeas corpus*”.

No que diz respeito ao *habeas corpus* preventivo, Pontes de Miranda (1982, p.17) nos ensina que “O *habeas corpus* pode ser para evitar que se dê o constrangimento. Então, impede a coação à liberdade de ir, ficar e vir, qualquer que seja a sua espécie (e não só a prisão)”.

Dirley Cunha Júnior (2013, p.788) porém, traz uma ressalva, quando nos explica que: “No caso do *habeas corpus* preventivo, a pessoa ameaçada poderá obter um salvo-conduto para garantir o livre trânsito. Impende pontuar, todavia, que, nestes casos, a ameaça há de ser efetiva, ou seja, deverá estar amparada em fundadas razões”.

O cabimento da ação *habeas corpus* só é possível quando estivermos diante única e exclusivamente, de lesão ou ameaça a direito de locomoção como bem nos explica Nucci: (2014, p.27)

Como primeira condição de ação, deve-se verificar a possibilidade jurídica do pedido, vele dizer, se a liberdade pessoal está em jogo. Em tese, não se tratando de liberdade de locomoção, seria juridicamente inviável ajuizar *habeas corpus*. E mesmo havendo alguma constrição a outro direito fundamental, cabível seria o mandado de segurança (art. 5º, LXIX): concede-se mandado de segurança quando algum direito líquido e certo for violado por ato abusivo ou ilegal de autoridade.

Hoje, diferente de outrora, não há divergências quanto à natureza e espécies de *habeas corpus*. Tal discordância reside apenas no passado. Passemos agora a estudar a competência em matéria de deste instrumento jurídico.

## 2.4. COMPETÊNCIA

No que tange à competência para julgar *habeas corpus*, nos ensina Pinto Ferreira (1982, p.77) que:

No processo de *habeas corpus* existe uma competência originaria e uma competência recursal. Tanto os juízes singulares como os tribunais podem conhecer, processar e julgar originariamente os pedidos impetrados de *habeas corpus*, e, correndo recurso, que pode ser de ofício (ex officio) ou voluntário, caberá ao colegiado competente julgá-lo.

E complementa nos ensinando que o *habeas corpus* pode ser apreciado nas três instâncias do sistema jurídico brasileiro (FERREIRA, 1982).

Para Nucci (2014, p.56):

Todo magistrado, investido no seu cargo, tem poder jurisdicional, podendo aplicar o direito ao caso concreto, dirimindo conflitos e compondo interesses, ainda que de maneira coercitiva. Entretanto, a competência é o limite da jurisdição, visando a disciplina, em escalas hierárquicas, por matéria e por território.

Ou seja, existe uma limitação hierárquica quanto à apreciação de *habeas corpus*, tendo em vista que deve-se analisar quem é a autoridade que praticou o ato ilegal. Pinto Ferreira (1982, p.48) esclarece que:

[...] domina a regra geral de que o *habeas corpus* deve ser impetrado perante a autoridade judiciária imediatamente superior àquela a quem se deve o constrangimento efetivo ou iminente à liberdade física de locomoção, evidentemente subordinada aos requisitos de sua jurisdição.

O primeiro passo, porém, para se analisar a quem compete julgar *habeas corpus*, é verificar onde se deu o fato. Pontes de Miranda (1979, p.67) nos ensina que “A competência para se conhecer pedido de *habeas corpus* é, em primeiro lugar territorial. Tem-se de saber até onde vai, no espaço, a competência do juiz ou do tribunal”. Uma análise previa do local do fato é fundamental para que não ocorra, mas a frente, um conflito de competências.

Porém, Miranda (1979, p.194) deixa bem claro que além da análise de onde se deu o fato para se determinar competência em matéria de *habeas corpus*, o princípio hierárquico também deve ser obedecido, e nos ensina que: “A competência para o processo e julgamento do *habeas corpus* obedece ao princípio da hierarquia. Não se pode reputar competente o mesmo juiz que autorizou a coação, ou que a ordenou, nem o seu igual, nem, a *fortiori*, o juiz inferior a ele”.

Ainda quanto à questão de uma previa análise territorial, Nucci (2014, p.57), explica que “Em primeiro lugar, deve-se buscar o lugar onde se deu a coação; após, avalia-se quem é a autoridade coatora (ou pessoa coatora). Se esta tiver foro privilegiado, o *habeas corpus* deverá ser posto no tribunal. Se não possuir, caberá ao juiz de primeiro grau”.

Dirley Cunha Júnior (2013, p.791) explica também que “[...] a competência em matéria de *habeas corpus* será determinada de acordo com a autoridade coatora, ou com a qualidade da pessoa vítima da lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção”.

No caso específico de *habeas corpus* em punição disciplinar, explica Corrêa Chaves que “Se o ato transgressional foi praticado por militar, membro das forças armadas, e não configura crime militar, o pedido de *habeas corpus* deve ser na justiça federal ordinária e não na justiça militar” (2002, p.42). Tendo em vista que as auditorias militares tem competência para julgar crimes militares e não transgressões disciplinares.

De forma semelhante acontece quando o *habeas corpus* envolve transgressão disciplinar cometida por militar estadual, como nos explica mais uma vez o mesmo autor. Vejamos:

A apreciação pelo judiciário, das causas que envolvam interesse dos servidores militares estaduais, a propósito de atos praticados pela administração militar ou de direitos assegurados em lei e não concretizados, é de competência da justiça militar residual. A auditoria militar estadual só julga os crimes tipificados no código penal militar (2002, p.43).

Em suma, existem dois princípios que devem ser analisados para se determinar a quem compete julgar *habeas corpus*. Um territorial, já que se deve analisar onde se deu o fato, e outro hierárquico, onde se deve levar em conta quem é a autoridade coatora que praticou o ato que se pretende atacar. Sendo assim, após essa análise, tanto juiz como o tribunal podem ser competentes para julgar e processar matéria de *habeas corpus*.

O que tentamos, até agora, foi tentar mostrar a amplitude e universalidade do instituto constitucional já varias vezes mencionado. Encerraremos aqui essa breve explanação sobre o remédio constitucional *habeas corpus*. Mais à frente retomaremos o tema, quando formos discutir o tema central deste trabalho monográfico, que é a análise do cabimento nas prisões e detenções quanto do cometimento de transgressões disciplinares.

### 3. A TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR

Em uma busca rápida no maior site de busca existente, encontramos no site [origemdapalavra.com](http://origemdapalavra.com) a origem da palavra transgressão. Esta tem origem no latim *transgredi*, que significa “ir além, ultrapassar limites, violar”, de trans, “através, além”, mais *gradi*, “pisar”.

A partir de uma análise etimológica da expressão transgressão disciplinar, entendemos tal expressão como o ato de violar mandamento disciplinar, ultrapassar algum limite previamente estabelecido em algum código de conduta funcional.

Para estudo deste tópico, nos ateremos principalmente ao regulamento disciplinar do exercito brasileiro, que serve como base para os regulamentos disciplinares dos militares estaduais, e em alguns casos, é copiado integralmente pelas forças policiais dos entes federativos, e também o regulamento disciplinar da policia militar do estado da Paraíba.

#### 3.1. CONCEITO DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR

A base do funcionamento das instituições militares são hierarquia e disciplina. José Santos Carvalho Filho nos ensina que estas “são situações que ocorrem dentro da estrutura funcional da administração pública. Pode-se mesmo afirmar que se trata de fatos administrativos, porquanto representam acontecimentos normais surgidos no âmbito da organização administrativa”. (2010, p.63)

O regulamento disciplinar do exercito em vigência, está previsto no decreto nº 4346, de 26 de agosto de 2002. Este trata em seu capítulo II especificamente “DAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES”.

O art.14 do referido decreto, em seu caput traz a definição de transgressão disciplinar, te a seguinte redação:

Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contraria aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensivo à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

O jurista da área militar Evaldo Correa Chaves, nos lembra que o estatuto dos militares, previsto na lei 6880/80 também traz, de forma implícita, uma definição de transgressão disciplinar, “ao preceituar que a violação de obrigações e deveres, por parte do militar, poderá constituir crime, nos de maior gravidade, e transgressão disciplinar, nos de menor gravidade” (2002, p.24).



Para efeito de comparação e para reforçar, como já dito anteriormente, que os regulamentos disciplinares das policias militares dos estados são baseados, e em alguns casos copiados do regulamento do exercito, vejamos quão parecida é a definição de transgressão disciplinar no regulamento da PMPB, que em seu art.13 diz que:

É qualquer violação dos princípios da ética, dos deveres e das obrigações policiais militares, na sua manifestação elementar e simples e qualquer ação ou omissão contrária aos preceitos estatuídos em leis, regulamentos, normas ou disposições, desde que não constituam crimes.

E cita, em seu paragrafo 2º, assim como o regulamento do exercito, honra pessoal, pundonor militar e decoro da classe.

Já podemos perceber, diante das definições mostradas, que as transgressões disciplinares não constituem crime, pois estão em matéria de gravidade estão abaixo deste. Por analogia, comparando com o crime comum e a contravenção penal, transgressão e contravenção de assemelhariam. Ora, de fato de assemelham como acreditamos, e nos casos de contravenções, a pena de prisão vem sendo sempre substituída por penas alternativas, como por exemplo, multa mais prestação de serviços comunitários, seria bem menos danoso, fazer o mesmo em relação às punições disciplinares.

Pontes de Miranda, quando conceitua transgressão disciplinar, ensina que:

Quem diz transgressão disciplinar refere-se necessariamente, a: a) hierarquia, pela qual flui o dever de obediência e de conformidade com as instruções, regulamentos internos e recebimentos de ordens; b) poder disciplinar, que supõe a atribuição do direito de punir, disciplinarmente, cujo caráter subjetivo o localiza em todos, ou em alguns, ou somente em alguns dos superiores; c) ato ligado à função; d) pena suscetível de ser aplicada, portanto sem ser pela justiça como justiça.

Em um contexto histórico, Pontes de Miranda relata que já há julgados do STF que datam do ano de 1910, acerca do não cabimento de *habeas corpus* sobre o assunto em análise. Porém em se tratando de previsão constitucional, é só na constituição de 1934 que esta vedação apareceu e seguiu nas subseqüentes como nos ensina o professor:

A referência às transgressões disciplinares para afastar o *habeas corpus* aparece na constituição de 1934, art. 113, 23, e passou a constituição de 1937, art. 122, 16 (salvo nos casos de transgressão disciplinar), à constituição de 1946. Art.141, § 23 (nas transgressões disciplinares não cabe o *habeas corpus*), à constituição de 1967, com a emenda n. 1, art, 153, § 20.

Nunca é demais ressaltar, que quando do surgimento da vedação constitucional do *habeas corpus* em punições disciplinares, não se vivia no Brasil uma democracia plena. O controle forças militares tinha uma questão de controle político envolvido, já que as mesmas autoridades que controlavam as forças militares também tinham nas mãos o poder de controlar o governo do País.

Atualmente como bem sabemos, está prevista na constituição federal em seu art. 142, § 2.

### **3.2. PENAS PREVISTAS**

As penas previstas para as transgressões disciplinares no âmbito militar estão previstas nos regulamentos disciplinares tanto das forças armadas, seja exercito, marinha ou aeronáutica, como também nas forcas auxiliares, que compreendem policias e corpos de bombeiros dos estados. Como base para nosso este tópico usaremos o regulamento disciplinar da policia militar do estado da Paraíba, sempre ressaltando que este se baseia e muitas vezes copia o regulamento disciplinar do exercito brasileiro.

#### **3.2.1. PENAS NÃO RESTRITIVAS DE LIBERDADE**

Apesar do enfoque do presente trabalho monográfico ser a restrição da liberdade de locomoção, para efeito didático, mostraremos também as punições que não preveem restrição do direito de ir e vir.

O RDPM, da policia militar do estado da Paraíba, prevê em seu art. 23, e traz a seguinte redação:

Art. 23 – As punições disciplinares a que estão sujeitos os policiais militares, segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, são as seguintes, em ordem de gravidade crescente:

1. Advertência;
2. Repreensão;
3. Licenciamento e exclusão a bem da disciplina.

Para este subtópico, interessam apenas os itens 2, 3 e 5, que são das cinco relacionadas, as que não fazem previsão ao cerceamento do direito de locomoção.

A punição denominada advertência está prevista no art. 24 do RDPM/PB e tem a seguinte redação:

Art.24 – Advertência – É a forma mais branda de punir, consiste numa admoestação feita verbalmente ao transgressor, podendo ser em caráter particular ou ostensivamente.

§ 1º - Quando ostensivamente poderá ser na presença de superiores, no círculo de seus pares ou na presença de toda ou parte da OPM.

§ 2º - Advertência, por ser verbal, não deverá constar das alterações do punido, devendo, entretanto, ser registrada em ficha disciplinar.

A outra punição não restritiva de liberdade prevista é a repreensão, prevista no art. 25 do já citado regulamento e com a seguinte redação:

Art. 25 - Repreensão - É a punição que, publicada em boletim, não priva o punido da liberdade.

Da leitura destes artigos, percebemos que a diferença básica entre eles é apenas o fato da repreensão ser publicada em boletim, enquanto que a advertência constará apenas em ficha disciplinar.

O art. 31, Trata da punição licenciamento e exclusão a bem da disciplina e traz em seu texto o seguinte:

Art. - 31 - licenciamento e exclusão a bem da disciplina, consiste no afastamento, “ex-officio”, do policial militar das fileiras da corporação, conforme prescrito no estatuto dos policiais militares.

Mostramos aqui as penas não restritivas de liberdade apenas por questão de organização didática, tendo em vista que estas não são foco no presente trabalho monográfico, que tem como objetivo combater o não cabimento de *habeas corpus* nas punições disciplinares, o que só é possível quando a pena aplicada for prisão ou detenção.

### **3.2.2. PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE**

As penas restritivas de liberdade, que são de fato tema central do presente trabalho monográfico, pois são as punições sobre as quais discutiremos a possibilidade do cabimento do remédio constitucional *habeas corpus*, são detenção e prisão e prisão em separado.

A primeira delas, a detenção, está prevista no art.26 do referido regulamento disciplinar, e traz em seu caput a seguinte redação:

Art.26 - Detenção - Consiste no cerceamento da liberdade do punido, o qual deve permanecer no local que lhe for determinado, normalmente o quartel, sem que fique, no entanto, confinado.

Devemos perceber que, mesmo com a previsão de não confinamento, que é o que de fato diferencia a pena de detenção da pena de prisão, como veremos a seguir, na detenção, o militar já tem seu direito de locomoção cerceado, pois deve “permanecer em local que lhe foi determinado”, o acarreta em lesão ao seu direito de ir e vir. Como militar que sou, já estive presente várias vezes, principalmente quando da participação em cursos de formação, quando da aplicação da punição disciplinar “licença cassada”, que consiste em não poder se retirar do quartel até segunda ordem. Vale salientar que tal punição não está prevista em nenhum regulamento militar e não respeita de maneira alguma o contraditório e a ampla defesa.

A prisão em separado, prevista no art. 29 do regulamento em questão, na verdade consiste no agravamento da prisão, onde o militar ficaria isolado até no máximo a metade da punição disciplinar imposta.

### 3.3. CLASSIFICAÇÃO DAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES

Importante se faz falar acerca da classificação das transgressões disciplinares, tendo em vista ser importante entender como se dá o enquadramento das punições de acordo com a gravidade ou não do fato apurado.

O art. 20 do RDPM/PB

, que trata do assunto traz em seu caput a seguinte redação:

Art. 20 - A transgressão da disciplina deve ser classificada, desde que não haja causa de justificação, em:

1. Leve;
2. Média;
3. Grave.

Importante é mencionar que, como previsto no parágrafo único deste mesmo artigo, cabe a quem compete aplicar a pena a classificação da transgressão. Ou seja, a mesma pessoa é juiz, promotor e júri.

É impossível perceber, da leitura das penas previstas, já mencionadas anteriormente, que não existe uma definição previa de quais seriam as punições leves, medias ou graves, ficando o transgressor a mercê do responsável pela aplicação da pena, o que na prática, funcionaria como uma pena sem previa cominação legal.

O processo de apuração da transgressão disciplinar, em regra, é semelhante ao que ocorre com servidor público civil, com respeito, pelo menos em tese, ao contraditório e a ampla defesa. A principal diferença está nas penalidades impostas, já que para os servidores públicos militares, existe a possibilidade da restrição de liberdade.

O procedimento funciona da seguinte forma, como explica Gustavo Barchet: (2008, p.790)

A administração instaura a sindicância para apurar o cometimento de faltas administrativas, iniciando o processo administrativo disciplinar se na sindicância surgirem indícios de que foi praticada falta que enseje imposição de uma nas penalidades mais graves [...]

E completa Barchet (2008), que a processo de apuração disciplinar também pode ser aberto sem prévia sindicância, pois já pode ser forte o suficiente os indícios para tal.

Segundo Carvalho filho (2010, p.66), “De acordo com a gravidade da conduta, autoridade escolherá, entre as penas legais, a que consulte ao interesse do serviço e a que mais reprima a falta cometida”. No direito penal, existe a dosimetria da pena para quantificá-la, ação esta que não ocorre em matéria administrativa. Enquanto estivermos na seara da punição administrativa de servidor civil, o perigo não é tão grande, primeiro por que o sancionador

nessa esfera, normalmente respeita o princípio da adequação punitiva, segundo, por que nas sanções administrativas dos servidores civis, a prisão não faz parte das punições previstas. Já quando nos referimos aos servidores públicos militares, o problema nesta questão reside, primeiro na arbitrariedade de quem aplica a pena, já que muitas vezes, tudo se concentra nas mãos de uma única pessoa fato esse que em muito se deve a previsão constitucional aqui combatida. Vale salientar que no processo administrativo militar, ao final do processo, o comandante da unidade onde se o instaurou, pode simplesmente discordar do relatório final e optar por punir o suposto transgressor, sem a necessidade de se abrir um novo procedimento. Segundo, no fato de que a prisão ou detenção, quando consumados, dificilmente oferecem mecanismos de reparação.

## **4. O MILITAR COMO DETENTOR DE DIREITOS HUMANOS**

O militar, seja ele estadual ou federal, é antes de tudo um membro da sociedade em que vive. Por trás da farda que ostenta, existe um ser humano, que como qualquer outro, anseia por ser visto como sujeito de direitos humanos, e de tal forma, ter suas garantias fundamentais asseguradas. Nenhum ser humano, independente de sua raça, religião, nacionalidade e o que dirá profissão que exerça, pode ficar à margem das garantias trazidas pelas declarações e tratados de direitos humanos.

Não podemos, de maneira alguma, confundir a profissão militar com a pessoa do militar, como se entre o homem e a farda houvesse uma simbiose e os dois se tornassem indissociáveis. Porém nessa relação, a ocupação profissional vem suprimindo direitos do homem.

### **4.1. OS DIREITOS HUMANOS**

O que hoje encontramos positivado em tratados e convenções de direitos humanos, na verdade vem de muito antes da própria declaração universal de direitos humanos. O professor e Ph.D em direito internacional Antônio Augusto Cansado Trindade (2003, p.34) nos ensina que;

A ideia de direitos humanos é, assim, Tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação e exclusão e opressão, e em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legitimidade.

Os abusos estatais, que retiravam arbitrariamente do cidadão liberdades individuais, levaram o povo a movimentos que foram marcos para a garantia dessas liberdades. Estamos falando da revolução americana, em 1776, e da revolução francesa, em 1789, esta que resultou na declaração universal dos direitos do homem (ALMEIDA, PERRONE-MOISÉS, 2007), tamanha foi à importância de tal declaração que, a partir de algumas previsões desta, derivaram outros princípios, que foram consagrados pelo ordenamento jurídico mundial, inclusive o brasileiro, como por exemplo, o art. 1º, que traz o seguinte teor:

Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. Ora, podemos perceber que deste artigo da declaração universal de direito do homem derivam os princípios constitucionais pátrios da igualdade e da legalidade.

Em 10 de dezembro de 1948, sob influência dos movimentos já citados, é aprovada a declaração universal de direitos humanos. Tal declaração trazia “[...] uma vasta gama de direitos fundamentais, contemplando tanto direitos de primeira geração quanto da segunda geração de direitos humanos.” Vale lembrar que a liberdade dos indivíduos é direito fundamental de primeira geração, portanto estavam presentes na declaração aprovada em 1948.

Almeida e Perrone-Moisés (2007, p.4) acrescenta que:

A declaração universal dos direitos do homem e do cidadão, de 1979, criou o moderno conceito de cidadão; a declaração universal de direitos humanos, de 1948, ao declarar que todas as pessoas nascem livres e iguais, preserva esse conceito e amplia-o.

Porem, o processo de produção da declaração universal dos direitos humanos se deu apenas comissão de direitos humanos das nações unidas, mas também com a carta internacional de direitos humanos. Como explica Cançado Trindade (2003, p.56):

Um ano antes, enquanto a comissão de direitos humanos das nações unidas preparava a Declaração Universal de Direitos humanos, a UNESCO realizava, a título de colaboração, um exame dos principais problemas teóricos levantados pela elaboração da Declaração Universal. Circulou-se a alguns dos principais pensadores da época de diversos países um questionário, contendo, *inter alia*, questões acerca das relações entre direitos de indivíduos e de grupos em sociedade de tipos diferentes em circunstâncias históricas distintas, assim como das relações de liberdades individuais e responsabilidades sociais ou coletivas.

É interessante perceber que a declaração nasce de uma pluralidade de opiniões e pensamentos, o que reforça, ainda mais, para nós, sua universalidade.

Dos 30 artigos previstos na declaração internacional de direitos humanos, alguns têm relação com o direito de locomoção, e conseqüentemente com o remédio constitucional *habeas corpus*, tema central do presente trabalho monográfico. Estudaremos apenas alguns deles, e não todos, para não tornar o trabalho enfadonho ou repetitivo.

Começamos pelo artigo 2, item 1, da presente declaração, que traz em seu teor que “Todo ser humano para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.” Impossível não perceber a semelhança com o princípio da isonomia ou igualdade, previsto no consagrado artigo 5º, da constituição federal brasileira, artigo este que estudaremos mais a fundo do próximo capítulo deste trabalho.

Em seguida, temos o artigo 8, que tem a seguinte redação: “Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”. Mais uma

vez nos deparamos com um artigo que em nossa carta magna dispositivo de redação, e consequentemente, efeito semelhante, que é o princípio da inafastabilidade de jurisdição, previsto também no artigo 5º, inciso XXXV, no qual nos aprofundaremos no próximo capítulo, no qual discutiremos exclusivamente, as normas constitucionais relacionadas diretamente com o tema do presente trabalho monográfico.

Já no artigo 9, temos que “ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado. Neste artigo destacamos a palavra “arbitrariamente”, que como vimos quando estudamos as transgressões disciplinares, é algo bem comum no âmbito das prisões e detenções em se tratando de punições disciplinares.

E por ultimo, traremos o artigo 13, item 1, que universalizou que “Todo ser humano tem direito de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada estado.” Vemos que este artigo faz menção direta ao direito de locomoção, assunto primordial de nosso estudo. Ou seja, a declaração vem permeada de artigos que visam proteger o direito universal de liberdade, direito esse intrínseco ao homem, já que este, por natureza, é livre.

## **4.2 O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA**

A partir da aprovação da declaração universal de direitos humanos, muitos foram os pactos, tratados e convenções em direitos humanos internacionais, que compreendiam uma gama enorme de direitos fundamentais, quer sejam de primeira, segunda ou terceira geração. Aqui veremos e estudaremos a convenção americana de direitos humanos, assinada na conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, aprovada em 22 de novembro de 1969. No Brasil, no que diz respeito à recepção de tratados internacionais de direitos humanos, é adotada a tese dualista, onde:

De acordo com a interpretação combinada dos artigos 84, 21, e 49 da constituição federal de 1988, o Brasil adota a tese dualista de relacionamento dos direitos internos e internacional, pela qual, para que um tratado internacional passe vigorar no Brasil, deve submeter-se a um processo de recepção. Tal processo no caso brasileiro, presume que o tratado tenha sido assinado por um representante capaz do poder executivo e que seja submetido ao referendo do congresso nacional. Caso o poder legislativo aprove, ratificando-o, promulgar um decreto legislativo e o documento é enviado ao presidente da república para a promulgação [...]

Daremos uma maior atenção a esta convenção não apenas esta por tratar do tema do nosso estudo, mas também por ter sido recepcionada integralmente no ordenamento pátrio nacional, através do decreto 678, de 06 de novembro de 1992, pelo então presidente em exercício Itamar Franco, e traz no seu artigo 1º a redação que veremos a seguir:



Art. 1º A convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

O Pacto de São José, traz, especificamente em seu artigo 7º, as garantias fundamentais no que concerne aos direitos de quem se encontra preso ou detido. Transcrevermos na íntegra seu teor.

Art. 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramentos arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que se prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada de liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

O doutor Ricardo Bernd Glasenapp, em seu artigo “A interpretação do princípio da igualdade no Pacto de San José da Costa Rica”, traz grandes esclarecimentos sobre como os estados signatários do referido pacto devem se portar ante a ele. Primeiramente, nos explica que:

O pacto de San José da Costa Rica prevê, dentre as suas normas, algumas que como os direitos e liberdades previstos ao longo do seu texto, e até direitos e liberdades previstos no ordenamento jurídico interno dos Estados-partes devem ser interpretados. Ou seja, o artigo 29 norteia a interpretação dos direitos e liberdades previstos no pacto de San José da Costa Rica de forma a preservá-los de violação quer estatal quer privada.

Vejamos a redação do artigo 29 para que possamos entender porque ele é tão importante. Transcreveremos na íntegra:

Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-parte, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtudes de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem de forma democrática representativa de governo;
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Repare que, além de estabelecer direitos e garantias individuais, a Convenção também vetou limitações tanto para o legislador como para o magistrado local. Tendo em vista que, com o já mencionado, o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica todos os artigos devem ser respeitados integralmente.

Nos dias atuais, o pacto de San José é bastante invocado junto ao STF, que vem concedendo vários habeas corpus com base neste. Vejamos voto do ministro Gilmar Mendes:

Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (n.º 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. [...]

Não temos ainda, no âmbito do STF, julgados sobre o nosso tema, onde o Pacto de San José tenha sido invocado, mas acreditamos no cabimento no mesmo sentido por analogia, por também tratarem de matéria de habeas corpus. A redação dos artigos do pacto acima mencionados é muito clara quantos aos direitos de quem se encontrar presou ou detido, e não vemos, nada que impeça igual interpretação nas punições disciplinares.

#### **4.3. A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS**

É muito importante perceber, que desde os seus primeiros passos, com as revoluções já mencionadas aqui, até o momento atual, não existem, nos tratados assinados e recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio, exigências de condições específicas para que uma pessoa seja detentora de direitos humanos, basta, apenas, ser humano.

Antônio Augusto Cançado Trindade nos ensina que “[...] para a conceituação jurídica contemporânea dos direitos humanos consagra as premissas de que os direitos humanos, inerentes a cada ser humano e inalienáveis, antecedem os direitos dos estados; de que o poder estatal deriva da vontade do povo; e de que a justiça prima sobre o direito estatal positivo” (2003, p.35).

A luta por uma verdadeira consolidação da universalização dos direitos humanos, vem desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como mostra a pós - doutora Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, em seu artigo “Direitos Humanos: sobre a universalidade rumo aos direitos Internacionais dos Direitos Humanos”. Vejamos:

Os ideais de universalidade dos direitos humanos defendidos pela ONU desde a sua criação, manifestados coma Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948, estão adquirindo uma maior consistência, a despeito da evidente constatação de desrespeitos em varias partes do mundo. Contudo, recentemente na II Conferencia Mundial de Direitos Humanos Viena, 1993, foram temáticas principais a pobreza, a democracia e os instrumentos legais e jurídicos de efetivação dos direitos do homem. A preocupação internacional sai da retórica e procura a concretude.

A universalidade é a ideia primordial dos direitos humanos. De nada valeria uma declaração dita universal, se esta não protegesse toda a família dos seres humanos. Noberto Bobbio (2003, p.19) fala que “esse universalismo foi uma lenta conquista”, nos ensina que:

“Com a declaração de 1948, tem inicio uma terceira e ultima fase<sup>1</sup>, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva, universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele estado, mas todos os homens” (2004, p.19). Bobbio, com perfeição e destreza nos ensina que “A declaração universal contem em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais” (2003, p.19).

O ex-ministro da justiça e ex-secretário nacional de direitos humanos José Gregori, em seu artigo Universalidade dos Direitos Humanos e Peculiaridades Nacionais, bem explica que:

A declaração não constitui uma mera codificação dos princípios de direitos nacionais. Ela é universal por sua expressão, por seu conteúdo, por seu campo de aplicação. Se considerarmos sua expressão, porque foi sistematicamente suprimido no texto o termo Estado para não se passar a noção de que o Estado é o único responsável pela garantia dos direitos humanos. Sob o ponto de vista do conteúdo, a universalidade da declaração de manifesta pelo fato de que ela não é a ampliação fotográfica de uma qualquer declaração nacional. No que diz respeito ao seu campo de aplicação, ela aplica-se a todos os homens sem nenhuma distinção.

Impossível não perceber, na definição dada pelo especialista, a expressão “sem nenhuma distinção”, que reforça nosso entendimento no sentido de que o militar, não pode, em hipótese alguma, não se enquadrar da condição de detentor de direitos humanos.

O Pós-doutor Doglas César Lucas, em artigo publicado, em artigo publicado na revista brasileira de direito constitucional, trouxe importante contribuição quanto ao assunto em questão. Vejamos:

No caso específico dos direitos humanos, é evidente que a definição jurídica e a institucionalização de seus postulados constituem o quadro das importantes conquistas históricas proporcionadas pelas revoluções liberais do século XVIII. Sob esse ângulo é possível se afirmar que os direitos humanos tiveram um momento especial de reconhecimento institucional que se confunde com o próprio advento do

estado moderno e se configura como elemento material de sua formação, como última instância de legitimação do estado de direito.

Fica evidente que, respeito, e principalmente proteção dos direitos humanos, são pré-requisitos fundamentais para que um estado democrático de direito.

Cançado Trindade, professa que “[...] a universalidade se expressa de diversos modos, e que é possível aplicar padrões universais de direitos humanos em meio à diversidade cultural”. Não há dúvidas quanto ao caráter totalizador e abrangente no que concerne à universalidade dos direitos humanos. Nenhum estado pode escolher, sob nenhuma justificativa, quais membros de sua sociedade devem ser detentores de direitos, mesmo àqueles estados não são signatários dos tratados de direitos humanos. A carta magna de um país, não pode excluir nenhum cidadão da proteção decorrente dos direitos e garantias fundamentais, que tem como base a preservação dos direitos humanos, sejam eles quais forem. Entendemos que o maior problema encontrado atualmente, quanto ao respeito integral por parte dos estados nas questões que envolvem direitos humanos, não está mais no reconhecimento destes, mas sim, no fato de que precisam ser adotadas medidas práticas para a efetivação interna destes direitos.

Há que se falar aqui também, para efeitos didáticos, sobre a corrente de pensadores que defendem o relativismo cultural. Para estes, os direitos humanos devem respeitar o contexto cultural local, ou seja, seria uma relativização da concepção universal dos direitos humanos. Hagemann, porém, critica o relativismo cultural, como podemos ver no seguinte trecho de seu artigo:

O relativismo indiscriminado exclui valores e práticas de uma cultura da avaliação moral de indivíduos de outra cultura, como se o aporte de todas para a liberdade e a igualdade fosse igualmente valioso. Ou como se os direitos humanos não constituíssem o próprio limite à diversidade. Urgente então seria preservar critérios universais que retirem a legitimidade de todos os valores e práticas baseados na dominação e na discriminação, inclusive de gênero, e endossam a responsabilidade internacional pela proteção da pessoa, consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Entendemos da mesma forma que a autora acima mencionada. A cultura local, de forma alguma pode ser usada para suprimir garantias fundamentais de direitos humanos. Podemos citar como exemplos, a mutilação genital de meninas na África e a proibição de acesso à escola em alguns países Árabes.

## 5. ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO *HABEAS CORPUS*

A constituição brasileira, vigente desde 1988, traz, em seu art. 142, § 2º que não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. Tal previsão não é novidade trazida pela constituição vigente. Como já vimos anteriormente, a constituição de 1934 também previa tal impossibilidade. A grande discussão desse presente trabalho monográfico é tentar entender o porquê, de a carta magna pátria, que tem por preceito fundamental resguardar direitos fundamentais e criar mecanismos para que estes sejam respeitados, fazer exatamente o contrário, no caso dos militares, e retirar desta categoria profissional de tamanha importância para o ordenamento jurídico, tendo em vista serem estes os responsáveis pela manutenção da ordem pública e da soberania nacional, o direito a manipular, no caso das punições disciplinares, um remédio constitucional tão amplo e abrangente como o *habeas corpus*. Como ser promotor de direitos humanos sem ser detentor de direitos humanos, fica aqui o questionamento.

### 5.1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A constituição federal de 1988, em seu artigo 5º, caput traz a seguinte redação:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Esta é a redação do consagrado princípio da igualdade. Porém, este não é o único trecho da constituição que trata de igualdade, previsto da carta magna pátria. Existem, ao longo do texto constitucional, vários parágrafos e incisos que falam de matéria de igualdade, existem outros, que também tratam de igualdade.

O artigo 3º, que trata dos objetivos fundamentais do estado, traz no inciso IV como um destes princípios fundamentais:

Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Existem na constituição além dessas citadas, outras “igualdades”, Só que nestes casos, trata de questões mais específicas, como a igualdade de sexo (art.5.º inciso I), igualdade racial (art. 4º, inciso VIII), igualdade de credo religioso (art. 5º, inciso VIII), igualdade jurisdicional (art. 5º, inciso XXXVIII), igualdade trabalhista (art. 7º, inciso XXXII), entre outros nos quais não nos aprofundaremos por não serem foco do nosso trabalho. A Carta Magna Pátria,

procurou ao longo do seu texto, com uma clara inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, elencar o máximo de isonomia possível, Nos aprofundaremos aqui, apenas em igualdade e liberdade.

Nos ensina Dirley da Cunha Júnior (2013, p.664) que:

O direito a igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material), pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

. Poderia então uma escolha profissional excluir uma pessoa de qualquer que seja o direito? Não nos parece correto diante do que já foi dito até o momento, tendo em vista, como sempre vimos reforçando ao longo do nosso estudo, não ser exigida nenhuma característica especial, além de ser humano é claro, para ser detentor de direitos humanos.

José Afonso da Silva, quando conceitua igualdade, diz que:

O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores que o homem possa se desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano (2004, p.213).

Fica claro para nós que excluir uma classe profissional do direito de manejar qualquer que seja o instrumento jurídico não é uma “desigualdade natural”, mas sim social.

Para o ministro Alexandre de Moraes:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor de norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com valores que a constituição, como norma suprema, proclama. (2003, p.51)

Ora, da leitura do exposto acima, nos parece claro que a previsão do art. 142, § 2º, da constituição federal está em desacordo com os princípios e fundamentos da república brasileira, como nos ensinou o ilustre magistrado, não deveria ter sido recepcionada pela constituição vigente, ainda mais tendo em vista que anteriores foram redigidas em tempos onde a democracia não imperava em nosso país, e pior, a que antecede atual constituição, foi escrita em tempos de ditadura militar. Nada mais lógico, para a época, que os generais no poder quisessem manter a tropa dentro dos mais rigorosos mecanismos de controle disciplinar. Hoje em dia, não nos parece razoável tal previsão.

Para Paulo e Alexandrino (2009, p.110), “A igualdade é a base fundamental do princípio republicano e da democracia. Tão abrangente é esse princípio que dele inúmeros outros decorrem diretamente [...]”.

A professora e doutoranda Maria Christina Barreiros D'Oliveira, em seu artigo “Breve análise do princípio da isonomia”, traz importante contribuição para o nosso trabalho, quando de maneira bem sintética, nos explica que:

[...] quase todas as constituições ate mesmo modernamente somente reconhecem o princípio da igualdade sob seu aspecto formal em uma igualdade perante o texto seco e frio da lei, esquecendo que o princípio somente irá adquirir real aplicabilidade quando também lhe for conferida uma igualdade material baseada em instrumentos reais e sólidos de concretização dos direitos conferidos nas normas programáticas insculpidas nos ordenamento legais.

E como não perceber, que nos casos de cerceamento no direito de locomoção, o melhor instrumento para garantir igualdade material, e não apenas formal, é o consagrado remédio constitucional *habeas corpus*.

A professora D'Oliveira resume perfeitamente nosso pensamento acerca de como deve ser entendido o princípio da igualdade. Vejamos:

Este princípio é o mais amplo dos princípios constitucionais, abarcando as mais diversas situações e por essa razão deve ser por todos os aplicadores dos direitos em qualquer seguimento que possamos utilizar sob pena de violação direta de quase todos os outros dispositivos que existem no ordenamento jurídico brasileiro, já que a isonomia informa e fundamenta como pilar de sustentabilidade toda a ordem constitucional brasileira.

A Procuradora da fazenda nacional e mestre em direitos difusos e coletivos, Anna Luiza Buchalla Martinez, esclarece que:

Nunca é demais lembrar que o princípio da igualdade deve operar tanto no sentido de se tornar uma vedação ao legislador na edição de leis que possam criar privilégios entre pessoas que se encontram em situação idêntica como deve ser considerado uma regra de interpretação para o operador do direito, que deverá aplicar a lei e os atos normativos de forma igualitária, ou seja, sem distinções, se estiver diante de pessoas em situações iguais. Além disso, esse princípio exercer uma função limitadora entre os particulares, que não poderão praticar condutas discriminatórias, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação vigente.

Existem vários julgados, também no sentido de relativizar a previsão do artigo constitucional acima citado, como por exemplo, o HC 70648/RJ, de relatoria do ministro Moreira Alves, que traz a seguinte tese:

[...] O entendimento relativo ao parágrafo 20 do artigo 153 da emenda constitucional nº1/69, segundo o qual o princípio, de que nas transgressões disciplinares não cabe *habeas corpus*, não impedia que se examinasse nele, a ocorrência dos pressupostos de legalidade dessas transgressões [...]

Ou seja, é admissível, em nosso entendimento, com base no já exposto, ser legal o cabimento de *habeas corpus* nas prisões decorrentes de transgressão disciplinar militar.

Na mesma linha, segue o Ministro Luiz Fux. Vide voto do ilustre ministro:

Não há que se falar em violação do art. 142, § 2º, da constituição federal, se a concessão de *habeas corpus*, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se

tão somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões de mérito.

Ou seja, o próprio STF vem flexibilizando o entendimento do escrito no art. 142, § 2º da carta magna, visando coibir abusos e sempre que a intenção for questionar a legalidade da punição se analisarão quatro pontos que são hierarquia, poder disciplinar, ato ligado à função e pena suscetível de ser aplicada disciplinarmente. Esse entendimento, em nossa opinião, já pode e deve ser adotado pelo judiciário em primeira instância.

Celso Antônio Bandeira de Melo (1999, p.16) brilhantemente nos ensina que:

É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, na última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas.

O traço diferencial a que se refere o autor seria no caso do trabalho em questão, a categoria Militar. No nosso entendimento, diante do exposto pelo autor, ser militar seria apenas uma qualificação profissional como qualquer outra, e não uma condição pessoal, e diante disto qualquer tratamento desigual fere o princípio da igualdade e isonomia.

Bandeira de Melo (1999, p.6) sabiamente professa que:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Sendo assim, não pode a lei privar a categoria dos militares de qualquer direito que seja inerente a cidadão brasileiro. Se assim fosse, estaríamos falando de perseguição, privilégio ou perseguição como nos ensinou perfeitamente o autor.

Alexandre de Moraes (2003, p.51) afirma que:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que haja uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com os critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação a finalidades e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos”. (2003, p.51)

Razoabilidade e proporcionalidade é tudo que não está presente nas punições disciplinares, quando falamos de prisão e detenção. Não entendemos como razoável nem proporcional cercear o direito de ir vir de uma pessoa, quando do cometimento de uma transgressão disciplinar, onde a próprio regulamento prevê inclusive punições mais severas,



como a perda da função, com o objetivo de manter a disciplina. Bem sabemos que o encarceramento não disciplina ninguém, vide o sistema carcerário brasileiro.

Para Dirley Cunha Júnior: “As constituições do mundo civilizado prescrevem que todos são iguais perante a lei, abraçando a chamada igualdade formal [...]” (2013, p.666), e José Afonso da Silva explica que “A justiça formal consiste em um princípio de ação, segundo os quais os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma” (2004, p.213).

A constituição também garante igualdade material, que seria igualdade de oportunidades para todos, que diz respeito a assegurar a todos uma existência digna, “na medida em que elegeu como objetivo final do Estado erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, como bem lembra Cunha Júnior (2013, p.669).

Quando falamos em igualdade formal, esta se divide em igualdade na lei e igualdade perante a lei, como bem explicam Paulo e Alexandrino (2009, p.110):

A igualdade na lei tem por destinatário precípua o legislador, a quem é vedado da valer-se da lei para estabelecer tratamento discriminatório entre pessoas que merecem idêntico tratamento, enquanto igualdade perante a lei dirige-se principalmente aos intérpretes e aplicadores da lei, impedindo que, ao concretizar um comando jurídico, eles dispensem tratamento distinto a quem a lei considerou iguais.

Atentemos para o primeiro trecho da passagem acima, quando o autor explica que o princípio da igualdade veda o legislador de criar mecanismos de discriminação. Ora, mas não foi exatamente isso que fez o legislador constituinte, ao recepcionar a previsão do não cabimento de *habeas corpus* nas punições disciplinares, e o expressar sem ressalvas no artigo constitucional tantas vezes aqui repetido? Nas constituições anteriores, apesar de humildemente entendermos ser tal previsão tão inaceitável como ainda é hoje, nas épocas passadas, pelo menos existia um contexto histórico ditatorial, a constituição tinha também um objetivo de legitimação de quem a época detinha o poder, e logicamente pretendia se manter o *status quo*, de dominação rígida sobre a classe militar, já que era através dela, que os generais que controlavam o país mantinham a dominação estatal.

No que tange a abrangência da nossa constituição, José Afonso da Silva é enfático ao dizer que “A constituição vigente é mais veemente na condenação das desigualdades entre pessoas. Confere a igualdade perante a lei, sem distinções de qualquer natureza [...]”.

Não restam dúvidas de que o princípio da igualdade é amplo e abrangente e que nenhuma justificativa é válida para se deixar qualquer pessoa sem a sua proteção. Não a toa de o princípio da legalidade iniciar o título que trata “Dos direitos e garantias fundamentais”.

Por se tratar de um princípio, sabemos que este tem superioridade sobre outras regras constitucionais, e, portanto, qualquer outro mandamento constitucional que esteja em desacordo com um princípio constitucional, não poderia, em nosso humilde entendimento, ser validada.

Vale salientar que, nas palavras de Cunha Júnior:

Segundo a constituição de 1988, as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais têm aplicação imediata, o que significa afirmar que, em princípio, essas normas tem eficácia plena, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social (2013, p.625).

No que diz respeito a fator de isonomia e fator de discriminação, Bandeira de Mello (1999, p. 13) professa que:

- a) A lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido por regime peculiar;
- b) O traço diferencial adotado, necessariamente há de pessoa, coisa ou situação discriminada; ou seja, elemento algum que não nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes.

E continua, quando nos explica que:

[...] tem que se investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; do outro lado cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado cora os valores prestigiados no sistema normativo constitucional (1999, p.12).

Não é tarefa difícil perceber que, ser militar não é característica humana. Profissão não pode ser usada como o traço diferencial citado acima por Bandeira de Mello, e uma explicação de Evaldo Corrêa Chaves se encaixa perfeitamente no trecho citado a cima. Vejamos:

O ser militar não foi, e jamais será, condição natural da pessoa humana. É uma condição profissional, um estado passageiro. Não deixa o militar de ser homem, portanto, com direitos à proteção de sua liberdade. Assim o julgador deve atentar que, mesmo dentro de uma farda, o militar faz parte da sociedade brasileira. Sociedade esta que elegeu o Estado Democrático de Direito como base maior de sua estruturação que impõe proteção indistinta para todos os seus integrantes.

Resta claro, pelo menos para nós, que a lei não deve subtrair direitos, mas sim protegê-los com o intuito de igualar as pessoas. A lei não deve distinguir pessoas por características de classe, seja ela qual for, a não ser que a desigualdade seja no sentido de ampliar direitos, mas nunca de reduzi-los.

## 5.2. O PRÍNCÍPIO DA INAFASTABILIDADE JURÍDICA

Outro princípio que é muito importante para defendermos nosso ponto de vista é o princípio da inafastabilidade jurídica, pois como já foi visto, o art. 142, § 2º, tem por objetivo afastar essa possibilidade de apreciação de *habeas corpus* pelo judiciário em casos de punições disciplinares. No nosso entendimento, a possibilidade de se recorrer ao sistema judiciário quando nos acharmos lesados em qualquer que seja o nosso direito é base fundamental para o que chamamos de estado democrático de direito.

Dirley da Cunha Júnior, define este princípio da seguinte forma:

Em conformidade com a constituição, a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Proclamou com isso, a garantia da inafastabilidade da jurisdição, com o que proibiu qualquer lei ou ato limitar o acesso ao judiciário. Assim, a lei não pode condicionar o ingresso em juízo à prévia exaustão das vias administrativas, como era permitida na carta passada (com a EC 07) . (2013, p.702).

Este princípio apareceu pela primeira vez no Brasil na constituição de 1946, com previsão no artigo 141, paragrafo 4.º.

Não é difícil perceber que a previsão do art. 142, § 2º faz exatamente o contrario do previsto no principio acima citado. O magistrado é enfático ao interpretar que a redação do art. 5º, XXXV, proíbe qualquer limitação de acesso à justiça.

No entendimento de Paulo e Alexandrino (2009, p.145), “Estabelece esse postulado que, entre nós, somente o poder judiciário decide definitivamente, com força de coisa julgada”. Para José Afonso da Silva (2004, p.430), “O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade a principal garantia dos direitos subjetivos”.

Dirley da Cunha Júnior (2013, p.703) explica que “o direito de acesso à justiça conduz ao entendimento de que nada afastará a intervenção do poder judiciário quando houver lesão ou simples ameaça de lesão a direito”, e completa que “até as decisões discricionárias do Estado, que por muito tempo ficaram imunes ao controle do poder judiciário, não escapam mais à fiscalização judicial” (2013, p.703).

No tocante ao conflito entre normas constitucionais referentes ao tema do trabalho, no que diz respeito à vedação constitucional prevista no artigo 142, §2º da CF, Evaldo Corrêa Chaves (2002, P.32), autor do livro *habeas corpus* na transgressão disciplinar militar, trouxe a seguinte redação acerca do assunto. Vejamos:

Vale assim dizer que essa vedação constitucional está em desacordo com os direitos e garantias fundamentais, garantidos e petrificados no caput e nos 77 incisos do artigo 5º da constituição federal, em especial o inciso XXXV, que assegura que a lei não pode excluir da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito.

Reforçando ainda mais o que está previsto no inciso XXXV, do artigo 5º da carta magna pátria, o mesmo pacto acima mencionado, do qual devemos sempre salientar o Brasil é signatário, apresenta também no artigo 7, porém agora no parágrafo 6 a seguinte redação:

Toda pessoa privada de liberdade tem o direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou detenção forem ilegais. Nos estados parte cujas leis preveem que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

Já na opinião de José Afonso da Silva (2004, p.430), a definição deste princípio é uma combinação de incisos do artigo 5º como veremos a seguir:

O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação dos poderes, reconhecido pela doutrina garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo ínsito nas regras do art. 5º, XXXV, LIV e LV.

Salienta Alexandre de Moraes que

Importante, igualmente, salientar que o poder judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação jurisdicional requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue (2003, p.80).

Ou seja, ao mesmo tempo, que existe o direito de qualquer cidadão procurar à justiça caso julgue necessário, mesmo antes de ter se concretizada a lesão a direito, existe também uma obrigação do judiciário de analisar a matéria a ele apresentada.

Nas palavras de Paulo e Alexandrino (2009, p.145):

Consustancia, outrossim, uma das mais relevantes garantias aos indivíduos ( e também as pessoas Jurídicas), que têm assegurada, sempre que entendam estar sofrendo uma lesão ou ameaça a direito de que se julguem titulares, a possibilidade de provocar e obter decisão de um poder independente e imparcial. Por essa razão, não só a lei está impedida de excluir determinadas matérias ou controvérsias da apreciação do judiciário; a inafastabilidade de jurisdição, sendo garantia individual fundamental, está gravada como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4.º, IV), insuscetível de abolição, nem mesmo mediante emenda constitucional.

O doutor e mestre pela PUC/SP, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, reforça nosso entendimento, quando nos explica que:

Por meio do principio da inafastabilidade, a constituição federal estatui a garantia de acesso pleno e irrestrito de todos ao poder judiciário, de modo que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja subtraída de sua apreciação e solução. Assim a carta magna, ao dispor no art. 5º, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito, garante de forma ampla e genérica, o acesso à justiça, isto é, não só o direito de movimentar a máquina judiciaria por meio do processo (noutras palavras, a prestação jurisdicional), mas também o de obter a tutela jurisdicional.

Fica claro para nós, o qual amplo e irrestrito é o acesso à justiça, e a nós não parece razoável, excluir desse princípio qualquer que seja a categoria profissional.

No pensamento mais amplo quanto ao conceito deste princípio de José Afonso da Silva, este nos ensina que:

O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa [...].

Outro renomado estudioso que escreveu sobre a dificuldade em se conseguir um habeas corpus foi o Doutor e Professor Lenio Luiz Streck, em seu artigo “HC não conhecido é como recurso contra a tortura sem efeito suspensivo”, publicado na revista ConJur,, onde o autor brilhantemente, e em alguns momentos até de maneira bem humorada, explica, com base decisões tomadas pelo STJ, como vem sendo tratado o famoso remédio heroico. Quanto à admissibilidade, o autor escreve:

O habeas corpus hoje, virou uma corrida de obstáculos: você tem que driblar um fosso de jacarés, desviar-se de dois ursos e escapar de um *sniper* na entrada do tribunal. Se conseguir chegar ao balcão, e se não for caso de aplicação de centenas de súmulas defensivas que funcionam como verdadeiros seguranças (que parecem um armário), estará admitido - desde que não seja interposto sobre a negativa de liminar em tribunal anterior. Ou seja, a liberdade depende não do direito d liberdade... depende de uma coisa chamada admissibilidade.

O acesso à justiça deve estar sempre livre para quem dela precisa. Não é aceitável, nos tempos atuais de democracia, de aclamação dos direitos humanos, que existam previsões legais que objetivem restringir o acesso à justiça.

Silva Ribeiro sintetiza perfeitamente o assunto quando nos ensina que:

A nosso ver, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, deve ser visto, ao mesmo tempo, como a porta de entrada e de saída da própria jurisdição. Isso porque não basta existir um mecanismo adequado para a solução das controvérsias, se as pessoas não tiverem acesso a ele; e, de igual forma, tampouco resolve assegurar contraditório, ampla defesa, isonomia, duplo grau de jurisdição, publicidade, etc., se o processo não tiver tutelas efetiva a ponto de proteger, tempestiva e eficazmente, o jurisdicionado de qualquer ameaça ou lesão já consumada aos seus direitos.

O advogado Evaldo Corrêa Chaves (2002, p.38) vai além, quando expressa que:

Além do que, o afastamento de um direito de apreciação do Poder Judiciário, caracterizado na recusa do juiz em querer acatar a impetração do habeas corpus, na transgressão militar, ao final, vai afrontar o princípio da proibição de coação direta. Princípio este das normas punitivas do Estado, já que *nulla poena sine iudicio*. E, para a preservação da segurança jurídica, ninguém deve ser apenado, sem julgamento por quem de direito. Esse princípio foi consagrado na própria constituição Federal, no art. 5º, LIII, LIV e LV, incisos que tratam das garantias constitucionais.

Importante perceber que estamos falando aqui, não de sucesso ou insucesso na prestação jurisdicional, estamos falando da própria prestação jurisdicional, de conhecimento de *habeas corpus*, do remédio que conhecemos como amplo e livre de formalidades, mas que vêm, infelizmente, sofrendo com o esquecimento por parte do judiciário, na sua natureza originária.

Ainda usando as palavras de Streck, vejamos o fechamento perfeito que este sábio autor dá acerca do risco do juízo de admissibilidade em *habeas corpus*. Observemos o trecho a seguir:

[...] exigir juízo de admissibilidade e não conhecer o remédio heroico é a mesma coisa que se fazia em certo período do início da modernidade: a tortura era admitida por lei. Mas da decisão que mandava aplicar tortura... cabia recurso. Bingo, cabia recurso. Só que não tinha efeito suspensivo. Pois é. Assim se sente hoje o réu que tem direito a um *habeas corpus* e tem de esperar... por falta de vagas no hospital do *habeas*.

Corrêa Chaves (2002, p.39) completa que:

Fundamenta-se *habeas corpus* no princípio do inciso LXVIII do art. 5.º, da Constituição Federal, demonstrando que a vedação do art. 142, § 2.º, é relativa. Essa proibição deve alcançar só a análise de conveniência e oportunidade, pois, se a análise for de caráter absoluto, estar-se-á diante, de uma inconstitucionalidade material.

Esta ultima passagem resume bem o assunto do qual tratamos desde o início deste trabalho monográfico. De nada adianta, existir o remédio constitucional *habeas corpus*, tão amplo e abrangente no nosso ordenamento jurídico, se por uma determinada pessoa ou grupo de pessoas não puder manejá-lo.

Ainda sobre o consagrado princípio da inafastabilidade jurídica, vale lembrar que para se recorrer ao judiciário, não se faz necessário esgotar todos os recursos da esfera administrativa. O ministro Alexandre de Moraes sabiamente nos explica que:

Inexiste a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o judiciário. A constituição federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial, uma vez que excluiu a permissão, que a emenda constitucional n.º 7 à constituição anterior estabelecera, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao poder judiciário.

A constituição Brasileira é regida pelo Princípio da unidade Constitucional, segundo o qual, como explica Dirley Cunha Júnior (2013, p.218). Vejamos:

[...] toda constituição deve ser compreendida como unidade de uma pluralidade de normas sem distinção hierárquica entre suas normas. Essa unidade normativa pressupõe, assim, a inexistência de hierarquia normativa ou formal entre as normas constitucionais, uma vez que todas decorrem da mesma fonte e têm o mesmo fundamento de validade: o poder constituinte.

Ou seja, partindo desse pressuposto, não existiria bem jurídico tutelado constitucionalmente que venha a ser mais importante em relação a outro. Seria mesmo isso verdade? Façamos a nós mesmos, a título de comparação, a seguinte pergunta: o que é mais importante, a propriedade ou a vida? Se partirmos apenas do Princípio da unidade constitucional, ambas tem o mesmo valor, porém sabemos que isso, na prática, não é verdade.

Nós humildemente nos permitimos discordar do princípio acima mencionado, por entender que o aplicador do direito, deve sempre, partindo de uma análise hermenêutica e interpretativa do texto constitucional, dizer no caso concreto, qual bem jurídico deva ser preservado. Afinal, a hermenêutica “é o domínio da ciência jurídica que se ocupa em formular e sistematizar os princípios que subsidiarão a interpretação” (Cunha Jr, 2013) e segundo o mesmo autor “interpretação é a atividade prática que se dispõe a determinar o sentido e o alcance dos enunciados normativos” (Cunha Jr, 2013).

Para nós, o conteúdo do art. 142, § 2.º, da Constituição Federal, colide com outros enunciados da própria Carta magna, a saber, principalmente com as previsões constitucionais do princípio da igualdade e da inafastabilidade jurídica, aqui já mencionados, e diante disso, acreditamos que a proibição da prestação jurisdicional do não cabimento de habeas corpus em punições disciplinares, deveria sempre ser analisada com ressalvas.

Não somos os únicos a acreditar que existe sim a possibilidade de colisão de normas constitucionais, e se existe choque, alguma delas deve prevalecer sobre a outra. Nessa linha de pensamento, o Desembargador Federal Néviton Guedes, escreveu um artigo que chamou “A ponderação e as colisões de normas constitucionais”, publicado em 2012 no periódico eletrônico conjur. O magistrado começa desenvolvendo seu ponto de vista, que vai corroborar o nosso, dizendo que:

[...] negar a possibilidade de colisão e, por consequência, a ponderação entre normas constitucionais é, entretanto, um caminho intelectual que apenas se desenvolve ao custo de um resultado muito mais arbitrário do que os seus defensores admitem e, o que é pior, com um déficit de argumentação e fundamentação não presentes na ponderação que eles recusam, entretanto por um suposto déficit de racionalidade.

E continua reforçando seu entendimento, que também é o nosso, quando explica que:

Qualquer discurso de mera aplicação de normas jurídicas, sobretudo normas constitucionais, que se centre e confie na antecipação das marcas distintivas de uma mera hipótese normativa e não se abra às possibilidades do próprio caso, de ordem a admitir, inclusive, a hipótese de incidência do âmbito normativo de proteção dessa ou daquela norma para se estender, inclusivamente, ao âmbito da norma que lhe é colidente, como dizia, um discurso assim não suportará as sutilezas a que é chamado a enfrentar em casos complexos, como são os de colisão de direitos fundamentais.

O magistrado entende que, o caso concreto deve ser analisado e, depois de feitas as devidas ponderações, procurar aplicar o princípio que seja menos danoso para o caso em análise.

Na mesma linha de pensamento, segue o juiz Federal George Marmelstein Lima, em seu artigo “A hierarquia entre princípios e a colisão de normas Constitucionais”, quando nos diz que:

Se nos pautarmos no critério axiológico, valorativo, parece indubitável que há hierarquia entre os princípios. Afinal quem ousa dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana “vale” menos que o princípio da proteção a propriedade? Aliás, todos os princípios e regras decorrem, ainda que direta e mediatamente, do princípio-mor da dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, seria correto dizer que o princípio do devido processo legal estaria situado no topo dos princípios constitucionais processuais.

Diante do exposto, entendemos que uma norma constitucional não deve ser afastada em razão de outra, mas sim, que o operador do direito deve analisar cada caso e decidir quem deve prevalecer. A amplitude do princípio da inafastabilidade jurídica que é, de suma importância para que a justiça possa exercer o seu papel de garantidora dos direitos e garantias fundamentais, deve prevalecer em frente ao previsto no artigo 142, parágrafo 2.º, da Constituição Federal, e mais, de ser o contra peso, na luta desigual travada entre o gigante Estado e o anão cidadão. Fica claro para nós que existem bens jurídicos mais valiosos, mesmo estando estes colocados lado a lado na prateleira da Constituição da república Federativa do Brasil. Diante de tudo que foi dito aqui, esperamos não ter deixado dúvidas quanto a necessidade de relativização do impedimento tratado exhaustivamente no presente trabalho monográfico. Fecharemos dizendo que é impossível, a qualquer nação que se entenda como democrática, viver plenamente tal democracia sem igualdade legal, devidamente assegurada pelo livre acesso à justiça.



## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso objetivo no presente trabalho, com os questionamentos e debates aqui travados, foi demonstrar a amplitude e abrangência do remédio constitucional habeas corpus. Pode-se constatar tratar-se de um direito individual, e que por isso, deve sim ser respeitado esse direito aos militares de todo o Brasil.

Apesar da vedação expressa no art. 142, § 2º, a interpretação deste deve ser feita sempre com ressalvas, pois como mostramos, já é admitida na jurisprudência pátria, a admissão desse instrumento, quando o objetivo deste for combater ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade estatal que praticou o ato.

Em um primeiro momento, demonstramos a abrangência do instrumento jurídico habeas corpus, mostrando que desde os primórdios de sua criação, até os dias atuais, este sempre teve o objetivo de garantir a liberdade de locomoção, e que restringir este direito se configura num desrespeito a sua própria origem e finalidade.

Nos debruçamos, também sobre as punições disciplinares em âmbito militar, com o intuito de mostrar o quão arbitrárias estas podem ser, tanto no sentido do rol das transgressões disciplinares previstas, e como bem vimos, algumas são no nosso modo de ver, inadmissíveis, como também com o objetivo de mostrar que o não cabimento de habeas corpus nestes casos poderia levar a um prejuízo irreparável.

Reservei aqui um espaço, para mostrar e comentar algumas transgressões disciplinares previstas do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do estado da Paraíba.

O regulamento disciplinar da polícia militar do estado da Paraíba, prevê um rol de 126 transgressões disciplinares. Mencionaremos aqui apenas as que julgamos mais absurdas, por entender que algumas se quer poderiam se enquadrar como uma transgressão, o que dirá ensejar detenção ou prisão.

Vale salientar, que assim como na parte que trata da previsão de penas, na parte que trata da relação de transgressões também não há nenhuma previsão expressa que nos informe qual tal transgressão receberá tal sanção, ou seja, resta claro que o militar não saberá, quando da prática de uma transgressão disciplinar, qual pena poderá receber, o que abre espaço para arbitrariedades de todos os tipos. Nunca é demais ressaltar que, como não há a previsão sobre qual transgressão receberá qual pena, o militar pode ter seu direito de locomoção cerceado quando do cometimento de qualquer uma delas, por não ser estabelecido previamente a classificação de cada uma delas.

Começaremos nossos comentários sobre a relação das transgressões disciplinares pelo item 003, que traz na sua redação o seguinte: “concorrer para a discórdia ou desarmonia ou cultivar inimizades entre camaradas”. Ora, é de se pasmar que o homem da caserna seja obrigado por regulamento a ser amigo de todos. A convivência em sociedade é cheia de divergências e dissabores o que leva naturalmente a antipatias e, eventualmente, a inimizades. É impensável crer que uma pessoa possa ter seu direito de locomoção cerceado por não ser amigo de outra, porem, no mundo da vida militar, tal previsão existe.

Passemos agora ao item 031, que tem a seguinte redação: “Contrair dividas ou assumir compromisso superior às suas possibilidades, comprometendo o bom nome da classe”. As dividas contraídas por um militar em sua vida civil em nada tem a ver com sua vida na caserna. Um compromisso assumido no âmbito particular do militar não diz respeito algum a seus superiores hierárquicos. O miliciano deve satisfação aos seus superiores a atos de serviço a não ao que faz fora dos quartéis. Apesar da condição de militar, as dividas contraídas quando fora de serviço são, claramente, dívidas civis, e só a constituição de 1988 prevê prisões devido ao citado tipo de divida, e não está entre elas o previsto no item mencionado no referido regulamento.

Continuando nossa viagem pela relação das transgressões disciplinares, nos deparamos com o item 038 - Recorrer ao judiciário sem antes esgotar todos os recursos administrativos. Em nossa opinião, o mais absurdo de todos, juridicamente falando, tendo em vista que tal previsão fere diretamente a constituição federal, já que esta prevê, em seu art. 5º, inciso XXXV, o consagrado principio da inafastabilidade jurídica.

Resta claro que tal item necessita ser revogado, ou pelo menos reformado, por estar claramente em discordância com a carta magna vigente em nosso país.

Chama bastante atenção o previsto no item 041 da relação de transgressões. Vejamos a redação deste. 041 - ter pouco cuidado com o asseio próprio ou coletivo, em qualquer circunstância. Quanto à preocupação com a apresentação pessoal do militar, quando de serviço, até entendemos a necessidade do item em questão, mas atentem para a menção a “em qualquer circunstância”, ou seja, mais uma previsão na qual, mesmo o miliciano pode ser punido por uma conduta praticada na sua vida civil, e como já dito anteriormente, pode ter seu direito de ir e vir cerceado por isso. Não é difícil perceber, que em uma análise rápida, que o principio da insignificância de aplicaria a muitas das transgressões disciplinares previstas.

A lista é bastante extensa, e por esse motivo encerraremos aqui os comentários sobre o tema, mas quem tiver algum interesse, basta ler o anexo com as outras 122 transgressões previstas no regulamento disciplinar da polícia militar do estado da Paraíba.

Procuramos também alcançar nosso objetivo sob uma análise dos pactos de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, em especial o pacto de são jose da costa rica, e atestar, a partir da leitura e interpretação de alguns artigos destes tratados de direitos humanos, que o militar é sim, detentor de direitos como qualquer outro cidadão brasileiro, pois este profissional, é antes disso uma pessoa comum, que é pai e filho, marido e esposa, pagador de impostos e também detentor de direitos e obrigações. Como observamos, tais tratados não exigem condição especial de quem deva ser alcançado por eles. Ser militar não é uma condição pessoal, mas sim, funcional.

Fizemos por ultimo, uma relação de princípios constitucionais e a previsão constitucional do art. 142, §2º, fazendo também um estudo de hermenêutica constitucional, constatando que este está em desacordo com direitos e garantias fundamentais previstos na carta magna da republica federativa do brasil. O acesso à justiça, em qualquer situação, não pode ser restringido, pois se assim fosse, não estaríamos num estado democrático de direito.

O posicionamento que defendemos com o nosso trabalho monográfico, com base em tudo que foi por nós aqui exposto, é de que todos têm direito não só a prestação jurisdicional, mas também à tutela jurisdicional, que se concretiza com a proteção do direito ameaçado. No caso estudado em relação ao habeas corpus nas punições disciplinares, nem mesmo á prestação jurisdicional é admitida. O resultado da lide pode até ser de derrota, o que entendemos e defendemos é que pode não ser possível não se ter o direito de defender seu direito, através desse consagrado remédio jurídico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme Assis; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

AMERICANOS, Organização dos estados. **Pacto de San José da Costa Rica**. San José: Organização dos estados americanos, 1969. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org>> acesso em 18 jan. 2016.

BARCHET, Gustavo. **Direito Administrativo: teoria e questões**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Nelson Carlos Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BRASIL. Constituição(1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Organização de Anne Joyce Angher. 19. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Especial nº 466343, Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgamento: 03/12/2008, Plenário, Data da Publicação: DJ em 05/06/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp/sumula=1268>>

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas-Corpus nº 70648/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, julgamento: 09/11/93, Primeira Turma, Data da Publicação: DJ em 04/03/94. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749000/habeas-corpus-hc-70648-rj>

CHAVES, Evaldo Corrêa. **HÁBEAS-CÓRPUS Na transgressão disciplinar**. São Paulo: RCN, 2002.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. **Breve análise do princípio da isonomia**. Disponível em [http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3\\_edicao1.pdf](http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf).

FERREIRA, Pinto. **Teoria e Prática do “Habeas Corpus”**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GLASENAPP, Ricardo. **A interpretação do princípio da igualdade no Pacto de San Jose da Costa Rica**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, nº. 3961, 6 maio 2014. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/28104>>. Acesso em: 19 out. 2017>.

GREGORI, José. **A universalidade dos Direitos Humanos e Peculiaridades nacionais**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/estado/artigo08.htm>.

GUEDES, Néviton. **A ponderação e as colisões de normas constitucionais**. Boletim de notícias Conjur. Dez. 2012. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-dez-10/constituicao-poder-ponderacao-colisoes-normas-constitucionais>.

HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues. **Direitos Humanos: Sobre A Universalidade Rumo a um Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Disponível em <https://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15673-15674-1-PB.pdf>.

JR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 7º ed. Salvador: *jusPODIVIM*, 2013.

LENZA, PEDRO. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, George Marmelstein. **A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais**. Fev. 2012. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/2625/a-hierarquia-entre-principios-e-a-colisao-de-normas-constitucionais>.

,LUCAS, Doglas Cesar. **O problema da Universalidade dos Direitos Humanos e o Relativismo de sua Efetivação Histórica**. RBDC n. 13-jan./jun.2009. Disponível em <http://www.usjt.br/arq.urb/arquivos/abntnabr6023.pdf>

MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas-Corpus**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Habeas Corpus**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAULO, V; ALEXANDRINO, M. **Direito constitucional descomplicado**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **HC não conhecido é como recurso contra tortura sem efeito suspensivo**. Boletim de notícias Conjur. Set. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-set-28/senso-incomum-hc-nao-conhecido-recurso-tortura-efeito-suspensivo>.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris Editor, 1997.